UNIVERSITÉ DE FRANCE — FACULTÉ DE DROIT D'ALGER

ANNÉE 1920. — N° 1

DE L'ARTICLE 900 DU CODE CIVIL

ET DES CONDITIONS RELATIVES

A LA LIBERTÉ DU MARIAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LA MATIÈRE CI-DESSUS SERA SOUTENU LE 21 FÉVRIER 1920

PAR

Marcel DUCLOS

PLUSIEURS FOIS LAURÉAT DE L'ACADÉMIE D'AIX-EN-PROVENCE

ALGER
ANCIENNE MAISON BASTIDE-JOURDAN
Jules CARBONEL
IMPRIMEUR-LIBRAIRE-ÉDITEUR

1920

DE L'ARTICLE 900 DU CODE CIVIL

ET DES CONDITIONS RELATIVES

A LA LIBERTÉ DU MARIAGE

UNIVERSITÉ DE FRANCE — FACULTÉ DE DROIT D'ALGER

ANNÉE 1920. — N° 1

DE L'ARTICLE 900 DU CODE CIVIL

ET DES CONDITIONS RELATIVES

A LA LIBERTÉ DU MARIAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LA MATIÈRE CI-DESSUS SERA SOUTENU LE 21 FÉVRIER 1920

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

PAR

Marcel DUCLOS

PLUSIEURS FOIS LAURÉAT DE L'ACADÉMIE D'AIX-EN-PROVENCE

ALGER
ANCIENNE MAISON BASTIDE-JOURDAN
Jules CARBONEL
IMPRIMEUR-LIBRAIRE-ÉDITEUR

1920

UNIVERSITÉ D'ALGER

Faculté de Droit

MM. MORAND, ✻, I. ❦, Doyen, Professeur de Droit musulman.
THOMAS, ✻, I. ❦, Assesseur du Doyen, Professeur de Droit romain.
CHARPENTIER, I. ❦, Professeur de Législations Algérienne et Tunisienne.
PELTIER, I. ❦, Professeur d'Histoire générale du Droit français.
MALLARMÉ, I. ❦, Professeur de Droit administratif.
TESTAUD, I. ❦, Professeur de Pandectes et d'Histoire du Droit privé.
BERNARD, A. ❦, Chargé des fonctions d'agrégé.
PIROU, Chargé des fonctions d'agrégé.

COLIN, I. ❦, Professeur honoraire.
GÉRARD, I. ❦, Professeur honoraire.

JURY DE LA THÈSE

Président ..... M. CHARPENTIER.
Suffragants ..... MM. PELTIER. BERNARD.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

ERRATA ET ADDENDA

Page 14, ligne 15, *au lieu de* « La condition de ne pas se remarier », *lire* « La condition de ne pas se marier. »
— 15, — 6, *au lieu de* « Justinien le consacra », *lire* « Justinien la consacra. »
— 15, — 17, *au lieu de* « *in protestate* », *lire* « *in potestate.* »
— 23, — 6, *au lieu de* « *Quaestioonum* », *lire* « *Quaestionum.* »
— 24, note 2, ligne 3, *au lieu de* « *patria potesta* », *lire* « *patria potestas* »
— 28, — 2, ligne 5, *au lieu de* « répondu », *lire* « prétendu. »
— 28, ligne 17, *au lieu de* « a été déclarées », *lire* « a été déclarée. »
— 31, note 6, ligne 2, *au lieu de* « *Codex Justitiani* », *lire* « *Codex Justiniani.* »
— 40, ligne 14, *au lieu de* « moyen des clauses », *lire* « moyen de clauses. »
— 41, — 20, *au lieu de* « condition », *lire* « conditions. »
— 42, — 25, *au lieu de* « son empire e que », *lire* « son empire et que. »
— 58, — 3, *au lieu de* « l'eude », *lire* « l'étude. »
— 61, — 18, *au lieu de* « mutuls », *lire* « mutuels. »
— 74, — 4, *au lieu de* « contractant », *lire* « contractants. »
— 76, — 19, *au lieu de* « libérale et pa enne », *lire* « libérale et païenne. »
— 79, — 5, *au lieu de* « Delombe », *lire* « Demolombe. »
— 81, — 3, *au lieu de* « légisateur », *lire* « législateur. »
— 81, note 1, ligne 1, *au lieu de* « loi du 9 avril 1917 », *lire* « loi du 9 mars 1891. »
— 83, ligne 10, *au lieu de* « toale », *lire* « totale. »
— 84, note 1, ligne 4, *au lieu de* « déocule », *lire* « découle. »
— 84, ligne 5, *au lieu de* « la partie ui soulève », *lire* « la partie qui soulève. »
— 99, note 1, ligne 5, *au lieu de* « qu'on détourne », *lire* « qui en détourne. »
— 111, ligne 9, *au lieu de* « pourtant possible », *lire* « partant possible. »
— 110, note 2, ligne 2, *au lieu de* « mariage ! on peut », *lire* « mariage on peut. »
— 112, ligne 21, *au lieu de* « dl cette condition », *lire* « de cette condition. »
— 116, — 1, *au lieu de* « matrimoniales », *lire* « matrimoniale. »
— 118, — 13, *au lieu de* « bienveillante », *lire* « bienveillantes. »
— 126, — 7, *au lieu de* « corrober », *lire* « corroborer. »
— 127, — 13, *au lieu de* « l'expiration de délai », *lire* « l'expiration du délai. »
— 131, — 13, *au lieu de* « s'il s'agit de la conditiinn », *lire* « s'il s'agit de la condition. »
— 132, — 4, *au lieu de* « criconstances », *lire* « circonstances. »
— 139, — 28, *au lieu de* « reservatoire », *lire* « reservataire. »
— 140, — 9, *au lieu de* « écrites », *lire* « écrite. »
— 143, — 23, *au lieu de* « prévision », *lire* « prévisions. »
— 144, — 5, *au lieu de* « cete », *lire* « cette. »

A la Mémoire de ma Mère

INTRODUCTION

On appelle conditions relatives à la liberté du mariage des conditions qui ont pour objet soit de prohiber, soit d'entraver, soit de favoriser le mariage.

Ces conditions se présentent en fait sous la forme des modalités attachées à une libéralité et imposées par le disposant à la personne qu'il gratifie.

C'est une question vieille déjà, controversée toujours, celle de savoir si ces conditions doivent être regardées comme illicites et immorales et tomber sous le coup des dispositions de l'article 900 du Code civil.

Les plus graves conséquences en découlent : Quel sera le sort de la condition ? Sera-t-elle réputée non écrite ? Quel sera le sort de la libéralité qui y est soumise ? Profitera-t-elle au bénéficiaire malgré l'inaccomplissement de la condition ?

Ce qui accroît encore l'intérêt de cette controverse c'est le nombre et la diversité des clauses relatives à la liberté du mariage. Elles sont écrites tous les jours, l'abondance des décisions judiciaires en témoigne ; elles affectent toutes les formes et s'appliquent à toutes les libéralités, quelle qu'en soit l'espèce, donations ou legs, de la pleine et de la nue propriété, d'un usufruit, d'une rente viagère, d'une pension, etc.

L'importance pratique de cette étude n'a d'égale que son intérêt théorique. La liberté de disposer, donner ou tester, est-elle inférieure à la liberté de se marier ? Le droit du disposant sera-t-il sacrifié au droit du bénéficiaire ? La condition relative à la liberté du mariage est-elle en tous cas contraire aux mœurs ? Pourquoi ?

La difficulté est réelle ; elle vient de ce que le législateur, qui a posé le principe de la nullité des conditions contraires

aux mœurs, n'a pris le soin ni de définir les mœurs, ni de préciser la nature des atteintes dont elles sont susceptibles ; elle est accrûe du fait que notre ancienne législation, s'inspirant des lois romaines, et surtout, la législation intermédiaire, particulièrement rigoureuse, tenaient pour nulles et non écrites la plupart des clauses de cette espèce ; en sorte que l'on peut se demander si le silence du Code implique l'abrogation par prétérition des dispositions traditionnelles, ou si, au contraire, le législateur de 1804 a laissé survivre, implicitement contenues dans l'article 1900, les prohibitions de 1791 et de l'an II.

Dans l'opinion la plus généralement accréditée on considère que les conditions relatives à la liberté matrimoniale ne sont *a priori* ni illicites ni immorales ainsi que l'enseigne Marcadé (1), et que, par suite, le champ d'application de l'article 900 se trouve ici limité à quelques cas dont nous aurons à examiner la nature et l'importance. C'est cette solution, qu'en l'absence de textes précis, la jurisprudence, ancienne et fournie, a cru devoir adopter, plus sensible peut-être à l'influence des choses qu'aux principes du droit.

Or, malgré notre propension naturelle à jurer « *per verba magistrorum* », quand les enseignements séculaires de ces maîtres ont rallié tant de disciples autour d'eux, nous ne croyons pas devoir suivre dans toutes ses déductions l'opinion dominante. Nous distinguerons, quant à nous, les conditions qui invitent au mariage et celles qui en détournent ; nous sommes de ceux qui croient que les premières sont licites et obligatoires; par contre, nous pensons que les conditions prohibitives ou simplement restrictives de la liberté du mariage sont nulles, et doivent être réputées non écrites, conformément aux dispositions de l'article 900 du Code civil.

Sans doute ce n'est pas à la même source que nous irons puiser la justification de nos propositions ; nous estimons, en effet, que la liberté matrimoniale doit être respectée dans toute la mesure où elle est compatible avec l'utilité sociale, mais

(1) Marcade, art. 900 n° 3.

dans cette mesure seulement ; et nous aurons bientôt à démontrer que si l'intérêt privé des individus exige que le mariage soit libre absolument, il importe autant à l'intérêt supérieur de la nation qu'il soit encouragé par tous les moyens, qui ne lèsent ni les mœurs ni les lois.

Mais avant d'aborder l'examen de cette question si largement ouverte à la controverse, il nous paraît indispensable de remonter jusqu'aux origines du droit et de rappeler toutes les lois qui ont été portées sur la matière depuis l'époque romaine.

A cet historique nous consacrons nos premiers développements.

Première Partie

HISTORIQUE

CHAPITRE I

DROIT ROMAIN

Le législateur romain a longtemps favorisé l'institution du mariage. Il est peu de peuples anciens qui l'aient entourée d'une égale sollicitude, et dont les lois l'aient protégée avec une égale constance, même et surtout, quand la dissolution des mœurs eût rendu si fragile et si tenu le lien matrimonial.

Aussi la question de savoir si les conditions relatives à la liberté du mariage étaient licites et morales a-t-elle été de bonne heure posée.

La très ancienne jurisprudence, dont Justinien, dans le Digeste, nous rappelle les premières sentences, considérait comme nulles et non écrites toutes les dispositions qui touchaient à cette liberté. On ne distinguait pas encore la condition de ne pas se marier de la condition de viduité. « *Cum uxori si a liberis non nupserit, in annos singulos aliquid legavit, quid juris fit : Julianus respondit posse mulierem nubere et legatum capere* » (1).

Ainsi le bénéficiaire conservait la libéralité et passait outre dans tous les cas à la prohibition du mariage, le terme mulier que nous trouvons ici employé étant un terme générique qui convient également à la fille et à la femme mariée (2).

---

(1) *Digeste ff. de conditionibus et demonstrationibus, lex Sed si hoc* 62 § dernier.

(2) Nous en trouvons un nouvel exemple : « *Quoties sub conditione mulieri legatur, si non nupserit...* » *Digeste ff. de condit. et demonstr., lex quoties* 22.

Tel est le droit de la période classique.

Cependant déjà à cette époque une opinion plus subtile se faisait jour. Peu à peu les jurisconsultes en étaient venus à décider que la condition prohibitive du mariage pourrait n'être pas considérée comme illicite si une raison grave en justifiait l'accomplissement. C'est ce que dit clairement Justinien : « *Quod si ita scriptum, si ea liberis impuberis non nupserit, legem locum non habere, quod magis cura liberorum, quam viduitas injungeretur* » (1).

C'est alors que fut portée la loi *Pappia Poppaea*, plus tard appelée au Codex et dans les Novellae L. de *indicta viduitate :* Œuvre d'Auguste, cette loi se rattache à un ensemble de dispositions, qui ayant pour objet d'assurer la moralité publique et la restauration des mœurs, se proposaient également d'encourager la fécondité des mariages et de combler dans la population de Rome le déficit qu'avaient provoqué, bien plus que la guerre, les luttes civiles.

Plus fiscale que morale, la loi Pappia Poppaea poursuivait donc un double but parfaitement mis en lumière par Tacite : « *Lex Pappia Poppaea quam senior Augustus per Julias rogationes imitandis coelibum poenis et augendo aeraria sauxerat* ». Les deux préoccupations de l'empire se reflétaient dans cette loi : des hommes pour la guerre, de l'argent pour le trésor. C'est dans le même esprit qu'il faut apprécier la portée de la loi Julia Miscella. Afin de favoriser la procréation des enfants, cette loi permettrait aux bénéficiaires de libéralités faites sous condition de viduité de méconnaître la clause interdisant le remariage et de conserver néanmoins le legs qu'elle affectait ; il suffisait pour cela que le second mariage ait lieu dans l'année du veuvage et que le gratifié fit le serment, qu'en se remariant, il n'avait d'autre but que de donner des enfants à l'Etat.

En même temps, les Jurisconsultes développant les premisses posées par la L. 62 Sed si hoc ff. de condit. et démonstr., en

---

(1) *Dig. L. Sed si hoc* 62 *eodem loco supra citato. — Adde, Dig. de legatis* 3, *lex non dubium* § 14.

tiraient des déductions originales et nombreuses, et édifiaient peu à peu une série de constructions qui, aujourd'hui encore, servent de base aux tempéraments que nos auteurs et nos arrêts ont cru devoir apporter à la rigueur du droit primitif.

Nous allons distinguer avec les Romains trois sortes de conditions relatives à la liberté du Mariage : conditions impératives, conditions prohibitives et conditions simplement restrictives, ces dernières les plus nombreuses et les plus variées.

A) Conditions impératives

La condition impérative est celle qui invite au mariage : *Testus erit si nupserit*. Elle a toujours été considérée comme licite en droit romain. Nous avons dit, en effet, qu'aucune législation ancienne ne s'est montrée plus favorable au mariage que la législation romaine. Elle y était encouragée par l'esprit belliqueux de ce peuple qui aspirait à dominer le monde. Or, il fallait des hommes pour entretenir les légions conquérantes et refaire les armées épuisées par la guerre. Ce fut le souci constant de la République d'encourager les unions régulières, de combattre le célibat et de favoriser, par toute sorte de mesures, la natalité.

Chose singulière, ce sont les empereurs chrétiens qui, épris d'un idéal mystique et faux de la « perfection » réalisée dans la chasteté et dans le célibat, entourèrent le mariage d'une sollicitude amoindrie.

Mais cette erreur même n'eut pas sur les clauses relatives à la liberté du mariage, et plus particulièrement sur la clause impérative, une influence sérieuse.

La clause impérative absolue, « *si nupserit* », resta licite en toute époque soit qu'elle affectât une institution d'héritier, soit qu'elle fût attachée à un legs, à un fideicommis ou à une donation entre vifs. Deux conditions seulement furent mises à sa validité : que le mariage fût légitime, que le gratifié fût encore ou déjà en âge de contracter mariage, sans offenser la décence ou les lois. « *Non omnes conjunctiones implent conditionem,*

puto enim, nondum nubilis aetatis in domum maritis deducta, non paruit conditioni, sed etsi conjuncta sit cujus nuptiis ei interdictum sit, item dicemus. An tamen nubendo postea parere conditioni possit quasi non nupserit, dubitari potest ? et si testator de primo nuptiali jugo sensit, puto defectam conditionem : benigne tamen dicendum est, nondum impletam conditionem defectam » (1).

B) Conditions prohibitives

La condition prohibitive est celle qui interdit le mariage au bénéficiaire : *Testus erit si non nupserit.*

La condition prohibitive doit être examinée à un double point de vue : condition de célibat ou de non mariage, et condition de non remariage.

1) Condition de Célibat

La condition de ne pas se remarier imposée à un célibataire est nulle et réputée non écrite.

C'est ce qui ressort nettement de nombreux textes du Digeste (2).

La loi Titia 100 dit notamment : « *Titiae, si non nupserit, ducenta, si nupserit, centum legavit ; nupsit mulier ; ducenta, non etiam centum residua petat ; ridiculum est enim, eandam et ut viduam, et ut nuptam admitti* ».

Cette règle se justifie aisément. Puisque le législateur avait pris le parti d'encourager le mariage, il allait sans dire que plus la condition imposée au gratifié l'éloignait du mariage, plus la loi romaine devait se montrer rigoureuse ; une condi-

---

(1) *Dig. ff. de condit. et demonstr.* Lois 10 et 15. *Adde, Dig. ff. quando dies legatorum vel fideicommis cedat,* Lex. 30 : « *Quod pupillae legatum est, quandoque nupserit, si ea minor quam viripotens nupserit, non ante ei legatum debebitur, quam viripotens esse coeperit, quia non potest videri nupta, quae virum pati non potest.* »

(2) *Lex quoties* 22. L. *cum tale* 72 § 4 et 5. L. *heres meus,* 79 § *ult.* L *Titia* 100. *ff. de cond. et demonstr.* XXXV. I.

tion qui proscrit entièrement le mariage devait donc être considérée comme inexistante (1).

On chercherait en vain à l'époque classique et même longtemps après, une exception à cette règle fondamentale. Sous l'influence du Christianisme seulement, une dérogation y fut apportée ; Justinien le consacra dans une de ses Novelles (2). La condition de se faire prêtre étant licite, les empereurs chrétiens sous-entendirent la condition de ne pas se marier dans la condition d'entrer en religion, et Justinien fit admettre qu'en cette hypothèse, la condition de se marier elle-même, imposée par testament ou par donation entre vifs, serait censée accomplie par le seul fait de la prêtrise.

Est nulle également la condition par laquelle le bénéficiaire de la libéralité serait tenu de ne point marier un enfant encore *in potestate sua* : « *Quod in fraudem legis ad impediendas nuptias scriptum est, nullam vim habet veluti : Titio patri centum, si filia, quam habet is in protestate, non nupserit, heres dato, vel : filio familias si pater ejus uxorem non duxerit, heres dato* » (3).

C'est tout. La loi romaine n'a jamais admis d'autres dérogations. Il n'y a pas lieu de distinguer suivant le sexe, entre les conditions imposées à l'homme et celles imposées à la femme. Dans les deux cas la condition de célibat est nulle suivant les dispositions du Codex. *de indicta viduitate tollenda*, L. 3.

2) Condition de non Remariage

Le droit romain primitif ne séparait pas la condition de ne pas se remarier de la condition de célibat ; il traitait de la même manière les conditions prohibitives imposées à des personnes n'ayant jamais été unies par le lien du mariage et les conditions tendant à empêcher les seconds mariages. Et nous avons

---

(1) Voir *Senat. Consult. Trebellianum, lex.* I *si testator.* L. XXXVI, t. I. *Lex* 65 *servo invito domino* § I.

(2) *Novel.* CXXIII, *Cap.* 37.

(3) *Dig. ff. de cond. et demonstr.* L. 79, *Heres meus*, § 4.

vu que : « *Vetus et antiqua lex, quae Julia Miscella vocatur, studium procreandorum liberorum prae se ferens mulieribus permisit, marito licet prohibente, ac ea conditione, ne secundum matrimonium ineat, quod reliquente, nihilominus et nubere, et jurare, se liberorum gratia hoc facere et quod relictum est capere* (1) ».

Le jour vint cependant où la loi Miscella ne fut plus en harmonie avec les mœurs du temps ; elle fut amendée. Quintus Mucius Scaevola décida, en effet, que lorsqu'une année se serait écoulée depuis le décès du mari, sans que la veuve ait mis à profit les dispositions bienveillantes de la loi Miscella, celle-ci serait admise à réclamer la délivrance du legs dont elle avait été gratifiée, à la condition toutefois qu'elle fournit caution de ne pas passer à de secondes noces : « *Eo autem transeunte* (*anno*) *si vellet accipere relictum, non aliter licebat mulieri hoc accipere, antequam cautionem exponeret, quod ad secundas non veniret nuptias* » (2).

Ainsi, après un an de viduité, la condition de ne pas se remarier s'imposait à la veuve légataire ; celle-ci ne pouvait pas s'en affranchir à moins de faire l'abandon de la libéralité. Deux partis s'offraient donc à son choix : ou bien convoler en secondes noces et alors, elle perdait le bénéfice de son legs, ou bien, conserver ce dernier mais à charge de garder viduité et de fournir caution de son serment (3).

En fait que se passait-il ? Les femmes liées par leur serment de garder viduité étaient exposées au parjure. Elles ne s'en faisaient pas faute. Plus souvent encore pour ne pas perdre tout le profit de la libéralité, elles s'adonnaient à la débauche

---

(1) *Novelle* 22, *De his qui secundas nuptias contrahunt, Cap* XLIII.

(2) *Eod. loc., supra cit.*

(3) Cette caution appelée *Cautio Muciana* n'était pas spéciale aux conditions relatives au mariage. Plus générale, elle s'étendait à toutes les conditions potestatives négatives affectant les legs. Si l'on en croit Justinien, Gaïus, Ulpien et Julien nous apprennent que cette règle relative aux legs fut étendue aux institutions d'héritiers ; mais ces textes seraient interpolés. Levy Z. S. ST. 24, 1908, p. 122-151. Scialoja, *Bullet. histor.* D. R., II, 1900, p. 265-280.

Les lois Miscella-Scaevola appelaient une réforme. Ce fut l'œuvre tardive de Justinien. Pour conjurer le double danger qui menaçait les veuves légataires *sub viduitatis conditione*, l'empereur les dispensa à la fois de fournir la caution mucienne et de prêter le serment qu'elles n'avaient, en se remariant, qu'un but de procréation (1).

Puis, ce nouveau principe étant posé, Justinien songea qu'il était injuste de sacrifier aussi complètement la volonté exprimée par le testateur. Il y avait là, en effet, deux intérêts opposés ; l'empereur tenta de les concilier. Ce fut l'objet de la célèbre Novelle 22, chapitre 44. Désormais, la condition de non remariage est licite et obligatoire. Il n'existe qu'un moyen de l'éluder, c'est de renoncer à la libéralité elle-même ; mais pour que la libéralité ne reste pas en suspens, le légataire pourra, malgré l'obligation de viduité, demander la délivrance du legs (§ 1). S'il opte pour ce parti, il doit cependant observer une règle rigoureuse et importante, c'est l'obligation de fournir caution. Le légataire s'engage à restituer le montant intégral de la libéralité, tant en capital qu'en intérêts ou fruits, pour le cas où il passerait outre à la condition de veuvage.

Le bail de la caution — qui joue un rôle capital dans l'esprit de la législation nouvelle — diffère d'ailleurs suivant qu'il s'agit d'immeuble, de meuble, ou de deniers et selon le degré de solvabilité du gratifié.

Si la chose léguée est un immeuble, l'époux survivant devra fournir caution accompagnée du serment ; c'est la caution juratoire. En outre, tous ses autres biens seront grevés d'une hypothèque légale tacite, au profit des héritiers *ab intestat* (§ 2). Si la *res legata* est un meuble, la règle ne change pas : la restitution du meuble, au cas de remariage, sera garantie par la cau-

(1) *Tale igitur juramentum conquiescat et lex Julia Miscella cedat cum Muciana cautione super hoc introducta a nostra republica separata. Augeri et enim magis nostram rempublicam et multis hominibus legitime progenitis frequentari quam impiis periuriis affici volumus, quam satis esse inhumanum videatur, per leges, quae periuria puniunt, viam periuriis aperiri. De indicta viduitate et de lege Julia Miscella tollenda* C Lib. VI, titre XL, loi 2.

tion ; sera également garanti le paiement des indemnités dues à raison des détériorations qu'aura subies la res. (§ 3).

Le règlement est plus compliqué au cas où le legs a consisté en la prestation d'une somme d'argent. Si l'époux survivant bénéficiaire est solvable, la caution juratoire sera suffisante pour assurer, le cas échéant, le remboursement des deniers et des intérêts produits depuis le *dies veniens ;* si, par contre, il est insolvable, la caution juratoire ne suffit plus ; le conjoint qui veut obtenir la délivrance du legs devra bailler caution fidéjussoire. Il peut arriver d'ailleurs, en ce dernier cas, que l'époux ne trouve pas de fidéjusseur, l'insolvabilité étant une aussi mauvaise garantie à offrir aux tiers qu'aux héritiers ; force sera donc à ces derniers de se contenter d'une caution juratoire et d'une hypothèque générale sur les biens du légataire. Cependant il a fallu prévoir le cas où l'insolvabilité de celui-ci était de telle nature que les héritiers étaient irrémédiablement dépouillés, et Justinien décida, fort heureusement, que le survivant notoirement insolvable ne pourrait réclamer que les intérêts de la somme qui lui avait été léguée, le capital étant immobilisé à la garantie de la créance éventuelle des héritiers (§ 4, 5 et 7).

Voici donc, sauf en cette dernière hypothèse, le conjoint mis en possession de l'objet du legs moyennant le bail de la caution. Qu'adviendra-t-il si contrairement à la condition, celui-ci vient à convoler en secondes noces ? La Novelle 22. Cap. 44 § 6 y répond : la *res legata* meuble ou immeuble pourra être revendiquée par les héritiers qui, armés d'un droit de suite (1), auront la faculté de la poursuivre en toutes les mains où elle passera.

Telles sont les règles nouvelles portées par Justinien. Il convient d'y ajouter deux observations essentielles. Ces règles, selon le désir de l'empereur s'appliquaient dans tous les cas,

---

(1) On sait que Justinien en étendit le bénéfice à tous les legs qu'il fondit en une espèce unique donnant toujours une action réelle, personnelle et hypothécaire, et qu'il fusionna peu après avec les *fideicommis*.

non seulement quand la libéralité *sub conditione* était faite à l'un des conjoints par l'autre, mais encore quand elle émanait d'un tiers au profit de l'un quelconque des époux.

En outre, on s'était demandé si, sous l'empire d'une législation aussi libérale, il était bien conforme à la volonté du législateur que l'obligation de fournir caution, dont nous avons dit toute l'importance, constituât une des formalités essentielles et inéluctables du système ; en d'autres termes, si le testateur ne pourrait pas en accorder la dispense au légataire. L'affirmative n'est pas douteuse ; la remise même en fut déclarée possible. Mais remise et dispense peuvent bien nuire aux héritiers, en ce sens que la restitution de la chose léguée ne leur est plus aussi solidement garantie ; on ne saurait cependant en induire que l'obligation de garder viduité soit par ce double moyen éludée. Justinien prend bien soin de nous dire que la condition ne doit pas en être moins accomplie (§ 8).

Il est aisé de voir combien la loi nouvelle consacrait d'entraves à la liberté du mariage. La condition de viduité s'impose au gratifié ; sans doute il lui est loisible de se soustraire à son accomplissement, mais il ne peut le faire qu'en usant d'un moyen héroïque, qui consiste dans la privation de la libéralité qui lui est faite. C'est assez dire qu'à Rome, dans le dernier état du droit, la condition de ne pas se remarier n'est ni illicite ni immorale.

c) Quid des conditions simplement restrictives de la liberté du mariage ?

Les Romains ont connu un certain nombre de ces conditions et ne les ont pas traitées de la même manière. Nous allons passer en revue les principales.

1) Que faut-il penser de la condition d'épouser une personne déterminée ?

Nous avons vu que la condition de se marier, pure et simple, « *si nupserit* » avait toujours été regardée à Rome comme licite.

La question qui se pose ici est différente. Obliger une personne à se marier c'est combattre le célibat, c'est se proposer pour but l'utilité publique ; une pareille condition ne peut tomber ni sous le coup de la morale ni sous le coup des lois qui en sont issues. Obliger cette même personne à épouser telle personne déterminée, c'est bien encore inciter au mariage, mais c'est aussi limiter le choix de cette personne, et par là, porter atteinte à l'exercice de sa liberté naturelle. Ce n'est pas l'obligation au mariage qui est réprehensible, c'est la désignation du futur époux, c'est la restriction de la liberté matrimoniale.

Les Romains qui connurent bien vite les subtilités du droit n'ont pas méconnu toute la différence qui séparait la condition de se marier absolue de la condition d'épouser une personne désignée ; mais ils ont, en thèse générale, validé l'une et l'autre. Ils pensaient, en effet, que cette considération devait primer toutes les autres : pousser au mariage et donner des enfants à l'Etat (1). La condition d'épouser telle personne, emportant naturellement l'obligation de se marier, avait rempli le but que poursuivaient les lois de la République et de l'Empire. Soucieux avant tout de l'utilité sociale, les Romains estimaient que la liberté du mariage n'était pas atteinte par cela seul que la liberté du choix avait été ôtée à l'époux : « *Huic sententiae non refragatur, quod, si quis pecuniam promittat, si Maeviam uxorem non ducat, praetor actionem denegat ; aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad matrimonium certa lege invitari* » (2).

Cette règle avait fléchi cependant et son application avait été écartée, devant certaines hypothèses particulièrement défavorables. Si la condition avait pour but d'obliger le gratifié à épouser une personne frappée d'infamie, *de capitis deminutio*

---

(1) « *Titio centum relicta sunt ita ut Maeviam uxorem, quae vidua est, ducat ; conditio non remittetur et ideo nec cautio remittenda est.* » *Dig.* L. XXXV *De cond. et demonstr.* titre I, *Lex* 71 § I.

(2) *Eod. loc. supr. cit. Adde Lex* 63 § I : « *Si Titio nupserit, et quidem si honeste Titio possit nubere, dubium non erit, quin nisi paruerit conditioni, excludatur a legato.* »

maxima ou media, une personne déshonorée par sa conduite, ou de mœurs déréglées, elle devait être déclarée illicite et réputée non écrite, et le bénéficiaire de la libéralité n'était point tenu de l'accomplir. C'est ce qu'exprime au Digeste, la L. xxxv de condit. et demonstr., titre I, l. 63, § 1 : « *Si vero indignus sit nuptiis ejus iste Titius, dicendum est, posse eam beneficio legis cuilibet nubere ; quae enim Titio nubere jubetur, ceteris omnibus nubere prohibitur* » (1). La condition de se marier avec une personne indigne était en effet considérée, avec juste raison, comme une chose plus dure que celle de ne pas se marier ; la même loi dit : « *Itaque si Titius indignus sit, tale est, quale si generaliter scriptum esset : si non nupserit, imo, si verum amamus, durior haec conditio est, quam illa : si non nupserit ; nam et ceteris omnibus nubere prohibetur, et Titio cui inhoneste nuptura sit cum nubere jubetur.*

Cette rigueur se justifie fort bien. Il est indubitable qu'un mariage contracté de telle manière n'eût donné satisfaction à aucun des époux et qu'ils eûssent bien vite cherché dans le divorce le remède à un mal que les lois ont sagement évité.

2) Si la condition d'épouser telle personne désignée n'est pas nulle en principe, *a fortiori*, les Romains devaient-ils admettre la validité de la condition de ne pas épouser une personne désignée. Puisqu'en effet le mariage n'était interdit qu'à l'égard d'une seule personne la liberté du testateur n'était pas génée au point que son choix devint impossible, et puisqu'il restait si large, on pouvait convenir évidemment que cette condition loin d'empêcher le mariage avait bien plutôt pour effet d'y inviter : « *Si Lucio Titio non nupserit, non esse legi locum, Julianus aiebat* » (2).

C'était aussi l'avis de Terentius et de Gaïus (3).

Il en serait de même, pour les mêmes raisons, si le disposant,

---

(1) Voir aussi, *eod loc. supr. cit. lex* 100, *Pater severianam.*

(2) *Eod. loc. citato*, L. 64.

(3) L. 63 *eod. loc. cit.*

au lieu d'exclure une seule personne, en avait exclu plusieurs (1).

Du moment que les Romains validaient les clauses qui allaient jusqu'à interdire au gratifié le mariage avec toutes les personnes sauf une, il n'y avait aucune difficulté à déclaré licite des conditions qui impliquent en fait une moindre restriction de la liberté matrimoniale. Il faut généraliser cette solution et l'appliquer aux conditions qui ont pour objet d'obliger une personne soit à épouser une personne de telle ville, de tel lieu, de tel groupe désignés, soit, au contraire, à ne pas l'épouser. Ces clauses, étant plus extensives et plus libérales, il a paru plus facile de les valider en fait. Sans doute on pourra dire que le disposant, en imposant au gratifié la condition d'épouser ou de ne pas épouser telle personne désignée, est guidé par un sentiment plus sûr et plus réfléchi que celui qui le porte à mépriser toute la population d'une ville. Les Romains l'ont compris et Terentius décide que si la condition est faite en fraude de la loi, c'est-à-dire, si au lieu d'être une simple gêne comme le sont toutes les conditions, elle devient pour le bénéficiaire l'équivalent d'une impossibilité, si par exemple, à raison de sa situation, celui-ci ne peut trouver ailleurs dans le lieu exclu de son choix l'époux qu'il cherche, la condition étant frauduleuse et immorale, ne sera pas obligatoire (2).

3) Les Romains rejetaient en principe comme contraire à la liberté du mariage la condition *arbitratu tertii*, qui se ramène à l'obligation de ne se marier qu'après avoir pris le consentement de telle personne.

Les conditions du mariage sont, en effet, rigoureusement établies à Rome ; elles sont d'ordre public et nul ne peut par des conventions particulières y déroger. Or, n'est-ce point commettre une dérogation, que d'ajouter aux prescriptions de

---

(1) Gaïus assimile expressément ces deux conditions : « *Si neque Titio, neque Seio, neque Maevio nupserit, magis placuit, cuilibet eorum si nupserit, amissurum legatum, nec videri tali conditione viduitatem injustam, quam alii cuilibet, satis commode possit nubere.* » Loi 63.

(2) Loi 64, § I, *eod. loc. cit.*

la loi l'obligation de solliciter un consentement nulle part imposé par les textes ? C'est ce que déclare Pomponius dans son Livre VIII, *ad Sabinum :* « *Si Titiae legatum relictum est, si arbitratu Seii nupsisset, et vivo testatore Seius decessisset, et ea nupsisset, legatum ei deberi* » (1).

Papinien n'a pas d'autre avis ; livre XVI, *Quaestioonum :* « *Si arbitratu Titii Seia nupserit, heres meus ei fundum dato ; vivo Titio etiam sine arbitrio Titii eam nubentem legatum accipere respondendum est ; eamque legis sententiam videri, ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur, sed si Titius vivo testatore decedat licet conditio déficit, quia tamen suspensa quoque pro nihilo foret, mulieri succerretur* » (2).

4) Papinien déclare que la condition de ne pas marier une personne que l'on a « *in potestate s ua* » doit être rejetée comme contraire aux mœurs : « *Titio patri centum si filia quam habet is in potestate non nupserit heres dato. Quod, nullam vim habet* » (3).

Et il n'y a pas à distinguer suivant qu'il s'agit d'une descendante ou d'un descendant ; dans les deux cas la condition est réputée non écrite (4).

5) La condition d'épouser un parent, pourvu que le degré de parenté ne constitue pas un empêchement dirimant au mariage, n'est pas nulle d'après les jurisconsultes romains. Ainsi la condition d'épouser un cousin germain est licite.

Dans le droit romain de l'époque classique et jusqu'au Bas-Empire, en effet, le mariage entre cousins germains n'est pas prohibé. C'est seulement plus tard sous l'influence du Christianisme que les prohibitions, mises au service des idées de

---

(1) *Dig.* L. XXX, tit. I *de legatis et fideicommissis, lex* 54, § 1.

(2) *Dig.* L. XXXV, *de condit. et demonstr. lex* 72 § 4.

(3) *Eod, loc. sup. cit. Lex* 79 § 4, *sed liber I, Definitionum.*

(4) *Eod. loc. supr. citato. Quod nullam vim habet,... filiofamilias si pater ejus uxorem non duxerit, heres dato.*

perfection, devenant plus nombreuses et plus rigoureuses, furent étendues aux mariages entre consobrins (1).

6) Enfin, il est à peine utile de dire que dans une législation qui favorise le mariage, les conditions de divorcer ou de faire divorcer doivent être rejetées. C'était l'avis du jurisconsulte Valérien. Il prévalut (2). Ces conditions sont en effet rangées parmi les plus immorales, elles troublent l'ordre public, elles portent atteinte à l'institution même du mariage dont elles révèlent ainsi la fragilité. Aussi les Romains n'ont-ils pas distingué selon que l'injonction émane d'un parent, des père et mère, ou d'un étranger. Ainsi la fille n'est pas obligée d'accomplir la condition de divorcer imposée par sa mère (3). Ainsi le père ne peut pas obliger à divorcer un de ses enfants émancipés (4).

Nous avons achevé l'étude des conditions relatives à la liberté du mariage en droit romain. Nous avons vu au cours de nos explications que les Romains n'avaient pas accepté comme un dogme intangible la liberté matrimoniale. Il n'y a pas lieu de s'en étonner chez un peuple qui, bien qu'épris de liberté, n'avait pas souffert encore de sa violation et lutté pour sa con-

---

(1) « *Nec enim videri potest sub specie turpium nuptiarum viduitatem tibi indixisse, quum te filio sororis suae consobrino tuo, probabili consilio matrimonio jungere voluerit.* » *De institutionibus vel substitutionibus*, L. VI, t. XXV, *lex* 2.

La même règle se retrouve au Codex, *de conditionibus insertis tam legatis quam fideicommissis*, L. VI, t. XLVI, *lex* 4.

(2) *Dig. de Inst et demonstr.* L. VI, titre XXV, *lex* 5.

(3) *Codex De repudiis et judicio de moribus sublato*, L. V. t. XVII, *Lex* 4. On sait cependant dans quelle dépendance de droit vis à vis du *paterfamilias* restaient le *filius* ou la *filia* après leur mariage !

(4) « *Emancipatae vero filiae pater divortium in arbitrio suo non habet.* » *Eod. loc. sup. cit.* E. T. Toutefois il convient de dire que si l'enfant était encore sous la *patria potesta le pater* pourrait à son gré modifier sa situation. Voir également *Dig. de usu et habitatione* VII, t. VIII, *lex* 8 § 1, où Ulpien déclare qu'une femme bénéficiaire d'un legs sous la condition « *si a viro divortisset* » a le droit de méconnaître la condition et de conserver la libéralité : « *Sed in usus aedium mulieri legatus sit ea conditione : si a viro divortisset, remittendam ei conditionem et cum viro habituram quod et Pomponius libro quinto probat* ».

quête. D'ailleurs, la notion de la famille, son organisation, sa fonction, ses droits et ses devoirs se sont transformés au cours des âges et nous ont préparés à de nouvelles conceptions. Pour ces raisons ce n'est pas au droit romain que nous remonterons quand nous voudrons chercher la source de l'interprétation qu'ont reçue en droit moderne les conditions qui font l'objet de notre étude. Il y a une autre raison qui nous empêche d'y recourir. Tout ce que nous avons dit de ces conditions ne s'applique qu'à la matière des dispositions testamentaires ; les libéralités entre vifs et les conditions qui les affectent s'exécutent sans restriction ni réserve. Cette différence considérable dans le traitement des conditions relatives à la liberté du mariage, s'explique, on le sait, par la faveur dont jouissaient à Rome les testaments. Les Sabiniens, malgré l'opposition de l'école Proculienne avaient fini par faire triompher la règle que les conditions illicites ou immorales insérées dans les dispositions testamentaires, devaient être réputées non écrites ; que si, par contre, ces conditions étaient insérées dans les actes entre vifs, elles étaient nulles et entraînaient la nullité des conventions principales.

Cette règle doit être suivie ici. C'est pourquoi nous pensons, malgré une opinion contraire souvent émise que même par convention il n'est pas possible en droit romain d'interdire le mariage à une personne ou de la contraindre au divorce ; de telles conditions vicient le contrat qu'elles affectent, et rendent nulles la convention et la modalité ; insérées dans un acte testamentaire, les conditions immorales et illicites, bien que n'entraînant pas la nullité de la disposition qu'elles modifient, sont nulles et réputées non écrites. Dans les deux cas la volonté du législateur est satisfaite : « *Libera matrimonia esse, antiquitus placuit* » (1). Et plus loin : « *Ideaque pacta, ne liceret divertere, non valere, et stipulationes quibus poenae irrogentur ei qui quaeve divortium fecisset ratas non haberi constat* » (2).

(1) *Codex* L. VIII, t. XXXIX, *de inutilibus stipulationibus, lex* 2.

(2) Voir aussi *Dig.* L. XLV, t. I, *de verborum obligationibus* 1. 35, § I.

En droit français cette distinction n'existe plus et l'art. 900 du C. civil proclame en termes généraux un principe qui s'applique aux deux sortes de dispositions à titre gratuit.

Voilà pourquoi le droit romain est impuissant, non pas seulement à justifier, mais encore à éclairer les solutions qu'ont consacrées de nos jours la Jurisprudence et les auteurs.

Est-ce alors à l'ancien Droit français qu'il nous faudra recourir si malgré tout nous voulons expliquer par la tradition la législation contemporaine ?

Nous ne le croyons pas davantage.

CHAPITRE II

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Nous trouvons dans notre Droit français ancien à peu près les mêmes conditions qu'a connues le droit romain. Sont-elles régies toujours de la même manière ?

C'est ce que nous allons dire en les examinant.

Conditions Impératives.

La condition de se marier a été de tous temps considérée comme licite ; son inobservation prive le gratifié du bénéfice de la libéralité qui lui est faite. C'est ce que constate Furgole : « Le mariage est une chose sainte ; il a été élevé dans la loi nouvelle à la dignité de sacrement ; rien n'est plus favorable ni plus utile à la société civile et à la république, puisqu'il donne des sujets pour le soutien et l'appui des Etats. Voilà pourquoi les conditions qui tendent et qui invitent à prendre le parti du mariage ne doivent pas être rejetées ; ainsi on doit accomplir la condition de se marier » (1). Tel paraît être aussi l'avis de Ricard qui sans s'exprimer sur la condition impérative pose le principe que la condition de ne pas se marier est contraire aux bonnes mœurs (2).

Cette condition est rejetée en effet par les Constitutions Canoniques (3).

B) Conditions Prohibitives

1° *Condition de Célibat.* — La condition absolue de ne pas se marier imposée à un célibataire était regardée comme nulle.

Pour Ricard le droit est depuis longtemps fondé en ce sens

(1) Furgole tome II des Testaments Ch. VII, sect. II, n° 72, page 91.

(2) Ricard, Dispositions conditionnelles, t. II, Ch. V, sect. II, pages 159 et suiv.

(3) Constitutions canoniques, chap. 1 et 2, *Extra de adulteriis et stupro.*

et « les conditions qui tendent à empêcher le mariage sont de la qualité de celles qui sont rejetées comme contraires aux bonnes mœurs et parce qu'elles combattent l'intérêt public, dans lequel les mariages sont si absolument nécessaires » (1). C'est aussi l'avis de Furgole. Après avoir déclaré que ces conditions ne sont pas nulles quand elles sont imposées par contrat, suivant une conception discutable et très discutée de la règle romaine (2), Furgole déclare que la condition de célibat doit être

---

(1) Ricard, Des dispositions conditionnelles, *eod. loc. supr. cit.* n° 244 et 253.

(2) La loi romaine distingue en effet très nettement les conditions apposées aux actes entre vifs et celles apposées aux actes testamentaires et nous avons vu en quoi différait leur traitement respectif. Cette règle a passé dans notre Ancien Droit. Certains commentateurs sont même allés plus loin et ont répondu que dans les pays du midi, les conditions impossibles, illicites ou immorales, la condition de ne pas se marier par exemple, réputée non écrite dans les testaments, devait être regardée comme licite et obligatoire dans les libéralités entre vifs. On justifie cette interprétation en disant que les parties, lorsqu'elles contractent, ne se décident qu'en connaissance de cause, qu'elles acceptent dès lors comme conformes à leurs intérêts les conditions qui leurs sont imposées, tandis que le légataire n'ayant pas connu la modalité dont on affecte son legs, n'a pas pu l'accepter et dès lors ne doit pas être tenu de s'y conformer. On trouve même un texte qui semble confirmer cette opinion. On peut induire en effet de l'ordonnance de 1747, titre 1er, art. 25 sur les substitutions, que la condition de ne pas se marier a été déclarées licite dans les dispositions entre vifs, puisque ce même article indique les circonstances de temps et de fait auxquelles on reconnaîtra que la condition est accomplie ou défaillie.

C'est pourquoi la Cour de Cassation, se livrant à une étude historique de la jurisprudence établie sur ce point, a déclaré dans un arrêt du 20 janvier 1806 : « Que la condition absolue de ne pas se marier était réprouvée comme contraire à l'utilité publique et regardée comme non écrite dans les dispositions testamentaires ou à cause de mort ; mais qu'une semblable condition, si elle était apposée dans les contrats, était valable et devait être exécutée, parce qu'ils sont l'ouvrage de la volonté des parties qui ont stipulé selon leurs vues et selon leurs intérêts. » Chabot, Questions transitoires. Voir Conditions concernant les mariages, t. I, page 121.

Adde, arrêt de la Cour de cassation du 21 Nivôse an IX.

Voir dans le même sens, Furgole, n° 56.

Ce n'est point l'avis de Ricard qui voit, avec raison selon nous, dans cette interprétation, non une extension mais une déformation de la règle romaine. La Cour de Cassation passe sous silence de nombreux arrêts qui, loin de confirmer sa thèse, assimilent au contraire les conditions apposées aux donations à celles apposées aux legs ! Voir *infra* Mornac et Charondas.

rejetée : « Comme il est de l'intérêt du public que les personnes se marient afin qu'elles procurent des sujets pour le soutien de l'Etat, la condition apposée à une libéralité testamentaire ou à cause de mort, qui tendrait à défendre absolument le mariage de l'héritier ou du légataire mâle ou femelle, car à cet égard on ne distingue pas les sexes (1), serait rejetée ; la disposition serait considérée comme pure et elle devrait être exécutée quoique la personne honorée contrevint à la condition » (2). Deux choses sont requises pour que le rejet de ces clauses s'opère. Il faut d'abord que la condition soit absolue. Nous verrons en effet que notre droit ancien a cru devoir maintenir la distinction du droit romain entre la condition absolue de célibat et la condition de ne pas épouser telle personne désignée. Il faut en outre que la personne à qui cette condition est imposée n'ait jamais été mariée. C'est la condition de célibat distincte de la condition de viduité des Romains. Lorsque ces deux circonstances sont réunies, la condition de non mariage est réputée non écrite.

C'est l'opinion traditionnelle et c'est l'opinion unanime. Pothier n'a pas d'autre avis (3).

M. Planiol dit avec autorité : « Nous réputons non écrite la « condition » illicite ou impossible apposée à une donation et la donation reste valable ; nous annulons la donation dont la « cause » est illicite. Les anciens faisaient le contraire : « *Hoc in donationibus definiendum est multum interesse, causa donandi fuit an condicio ; si causa fuit, cessare repetitionem ; si condicio, repitioni locum fore* » *Ulpien*, Dig. Liv. XXXIX, titre 5, fr. 3.

La donation était ainsi maintenue (*cessat repetitio*) quand le fait qui lui servait de « cause » était devenu impossible ; tandis que la répétition était ouverte au donateur si ce même fait avait joué le rôle d'une « condition ». Planiol, t. III, 5e édit. note I. Comment admettre dès lors que notre ancienne Jurisprudence en voulant appliquer la loi romaine ait consacré des dispositions contraires à cette loi ?

(1) Furgole se borne à reproduire la loi romaine .

(2) Furgole, Des Testam. *eod .loc supr. cit.* n° 54 et 56.

(3) « La condition de ne pas se marier absolument est du nombre de celles qui sont regardées comme non écrites étant contraires à l'intérêt public. » Pothier, Introduction au titre XVI, de la Coutume d'Orléans, n° 64, édition Bugnet.

2° *Condition de ne pas se remarier.* — C'est le même Pothier, qui dira : « La condition de ne pas se remarier est valable suivant la Novelle 22, Chapitre 44 que nous suivons aujourd'hui » (1).

C'est donc à la loi romaine que nous renvoie le savant romaniste ; et c'est en effet la règle de Justinien qui, après bien des discussions, passa dans notre Ancien Droit et fonda la Jurisprudence. Le principe fut absolu dans les pays de droit écrit, l'influence romaine se faisant là, plus que partout ailleurs, sentir, il n'y a point lieu de s'étonner de ce respect de la tradition (2). Tous les arrêtistes des Parlements du Midi de la France attestent la généralité de son application (3). On a prétendu que les pays de Coutumes n'avaient pas suivi cette règle et que dans les pays du Nord et de l'Ouest de la France la condition de viduité affectant une disposition *mortis causa* devait être rejetée (4). Cette assertion est sans fondement. Une jurisprudence ancienne applique au contraire le principe que la condition de ne pas se remarier s'impose au légataire à peine de déchéance (5). C'est dans le même sens que s'exprime la majorité des auteurs (6). Que la condition de non remariage

---

(1) *Eod. loc. supr. cit.*

(2) Dolive, livre III, chap. 17. — Maynard, *Recueil de notables et singulières questions de droit*, livre VIII, chap. 93.

(3) Voir notamment les arrêtistes des Parlements d'Aix en Provence, de Montpellier, de Toulouse.

(4) Bacquet, *Des droits de Justice*, chap. 21, n° 333.

(5) Voir notamment un arrêt du Parlement de Paris du 27 février 1674, rapporté par l'Auteur du *Journal du Palais* qui décide que la condition de viduité (imposée à une femme par le testament du mari), est obligatoire et que son inobservation entraîne la perte des libéralités consenties sous cette condition. Déjà le Parlement de Senlis dans un arrêt beaucoup plus ancien, rendu le 24 mars 1592, avait jugé que dans le cas d'une donation mutuelle entre deux époux, faite avec la clause réciproque de non remariage, la femme survivante ayant convolé en secondes noces, devait perdre le bénéfice de la donation.

(6) Anne Robert, livre II, *Rerum judicatarum*, chap. 7. — Mornac, sur le titre du *Codex Justitiani*, *de indicta viduitate tollenda*. — Charondas, livre VIII, rép. 39. Ces derniers auteurs rapportent des arrêts qui assimilent les libéralités testamentaires aux libéralités entre vifs, au point de vue de l'application de la règle romaine aux conditions relatives à la liberté du mariage.

soit licite, c'est encore l'opinion professée par Ricard. Rappelant les vicissitudes par lesquelles a passé la doctrine : « L'avantage, dit-il, que le public trouve dans les mariages faisait que tantôt on donnait pareille prérogative aux seconds pour ce regard qu'aux premiers ; une autre fois la gloire de la chasteté conjugale et l'honneur que l'on doit conserver pour les cendres d'un premier mari, ou d'une première femme, a fait qu'on a retranché ce passe-droit aux secondes noces » (1).

Mais le vieil auteur ajoute que malgré ces incertitudes la Jurisprudence avait suivi à la lettre les dispositions de la Novelle 22, en dépit des efforts de la « Discipline Chrétienne » qui réprouvait les secondes noces : « On a considéré que la disposition de cette Novelle ne contient rien de contraire aux décisions de l'Eglise puisqu'elle n'interdit pas les seconds mariages, mais approuve seulement que l'on propose des récompenses à ceux qui embrasseront la viduité. Ce qui est conforme aux sentiments de tous les Pères et aux Constitutions Canoniques. Aussi cette Novelle doit être d'autant moins suspecte qu'elle a été publiée par un empereur qui faisait profession de Christianisme » (2).

C) **Conditions Restrictives.**

La difficulté était plus grande en ce qui concerne les autres conditions relatives à la liberté du mariage, celles que nous avons appelées en droit romain les conditions restrictives.

La condition de se marier est licite. Mais cette condition, en cessant d'être absolue, est susceptible de revêtir plusieurs formes qui, loin de constituer de simples modalités de la condition, en altèrent profondément le sens et la portée.

Quid de la condition de se marier avec une personne désignée ou d'un groupe déterminé ? La loi romaine ne rejetait pas ces conditions. Il semble bien que telle ait été aussi notre

---

(1) Ricard, *eod. loc. sup. cit.* n° 245.

(2) Ricard, n° 250. — Cette opinion est conforme à celle de Furgole qui déclare que les conditions ne doivent pas être rejetées « quand elles portent l'injonction de vivre en viduité et la défense de passer à de secondes noces ». Furgole, n° 60.

ancienne Jurisprudence (1). Il faut rapprocher de cette condition celle de ne pas se marier avec une personne désignée ou avec une personne de tel groupe désigné. Ces deux conditions se ressemblent en ce sens que dans les deux cas la liberté du bénéficiaire bien que restreinte, n'est pas supprimée. C'est une question de mesure qui les sépare. Le Parlement d'Aix-en-Provence, par un arrêt du 19 mai 1673, a jugé qu'un père avait pu valablement par testament faire défense à son fils d'épouser aucune fille de la localité qu'il habitait (2). Ricard pensait que cette condition était licite : « La condition qui tendrait à empêcher le mariage du légataire à l'égard de certaines personnes seulement ne serait pas réputée vicieuse » (3).

Il ne faut pas donner à cette décision d'autre fondement que celui que les jurisconsultes romains y avaient déjà donné. Au fond cette condition s'analyse en une défense qui est relative et en une permission qui est très large : défense de contracter mariage avec telle ou telle personne, et permission, encouragement peut-être, dans tous les cas possibilité de contracter mariage avec toutes les personnes qui ne sont pas exclues par la volonté du disposant (4).

Toutefois, s'inspirant du droit romain, notre ancien Droit apportait à cette règle quelques tempéraments qu'il convient de rapporter et qui sont d'ailleurs dans la logique de la règle.

---

(1) C'est l'avis de Boniface, tome IV, livre V, titre I, chap. 6.

(2) Auteur du *Journal du Palais*, t. I, p. 393.

(3) Ricard, n° 255.

(4) « Le fondement de cette décision consiste en ce que, dans cette espèce, la liberté demeure amplement au légataire de contracter mariage conformément à son inclination, et il n'a pas sujet de se plaindre de ce que se volonté demeure bornée en un cas auquel elle ne peut pas être contrainte, puisque les limites lui restent si grandes, qu'une action qu'il peut faire avec un nombre infini de personnes ne lui est interdite qu'à l'égard de quelques particuliers ». Ricard, n° 255 et 260.

Il est vrai de dire que presque aussitôt après l'auteur s'élève contre l'application extensive de cette décision qu'il proscrit en de nombreux cas, sous le pretexte, qui n'est pas un faux prétexte à notre estime, que c'est « noter en quelque façon les filles de la ville ». Voir aussi Furgole n° 58.

S'il arrivait en effet que la limitation imposée au légataire — ou donataire selon nous — rende impossible en fait l'exercice de son choix, la rigueur de la règle fléchissait et la condition était rejetée comme contraire aux mœurs et impossible. C'est l'opinion de Furgole ; invoquant l'autorité des dispositions déjà consacrées par la loi romaine, le vieil auteur dit : « Que si la condition a pour objet la défense de se marier avec les personnes d'une certaine ville ou lieu, il faut examiner si une telle condition est apposée en fraude de la loi, de manière que celui auquel cette condition a été imposée, ne peut point se marier facilement avec une personne d'un autre lieu. Dans ce cas, la condition doit être rejetée » (1). L'application de la règle souffrait une autre limitation. La condition devait encore être rejetée lorsque la loi morale, faisait au bénéficiaire l'obligation d'épouser la personne exclue par la condition. Ainsi Ricard ; ainsi le Droit Canon qui « oblige celui qui a surpris une fille de lui restituer par le mariage l'honneur qu'il lui a ôté » malgré la condition prohibant le mariage (2).

D'où il suit que par l'effet de ce double tempérament la question de droit dégénérait dans de nombreux cas en une question de fait ; les conditions restrictives de la liberté du mariage seront déclarées licites et obligatoires, s'il est reconnu qu'elles ne sont pas imposées au bénéficiaire en fraude de la loi, dans l'unique dessein de contrarier injurieusement et d'anéantir en fait la liberté matrimoniale de celui qui est tenu de les accomplir (3).

« Les Jurisconsultes ont estimé que cette condition n'était pas contraire à la maxime qui ne permet pas d'empêcher indirectement la liberté du mariage, vu qu'au contraire elle y

---

(1) Furgole, n° 58, voir aussi Ricard, n° 261.

(2) Decretales, chap. I, *de adulteriis et stupro.*

(3) La 5e Chambre des Enquêtes consacre cette Jurisprudence par un arrêt du 14 août 1587 qui décide que la condition d'épouser une personne désignée n'est pas illicite.
Loüet, *Recueil d'arrêts*, lettre M. n° 3, adressée à M. Sommaise.
Voir également Albert, verb. testam. art. 27.
La même Cour juge dans le même sens le 4 février 1592.

excite le légataire avec l'appât d'une récompense ; et si son choix est limité à l'égard d'une personne particulière, ce n'est plus l'intérêt du public qui a donné lieu à la loi, puisqu'au contraire il trouve dans la condition l'accomplissement d'un mariage qu'il demande » (1).

Car il est manifeste que cette condition puisse servir à la satisfaction des desseins les plus déshonnêtes et notre Ancien Droit, si libéral qu'ait été l'esprit de ses décisions, n'est pas allé jusqu'à consacrer de pareilles atteintes à l'ordre social et aux bonnes mœurs. La loi suppose en effet que le disposant a été mû par un sentiment louable ; qu'il a en vue le bonheur des personnes qu'il veut réunir par le lien du mariage ; ce bonheur, il cherche deux fois à le réaliser pour le faire plus complet ; d'abord en les obligeant à se marier, puis en leur accordant son aide matérielle, sa libéralité.

Et le législateur ne peut qu'encourager cette pratique et cette condition.

Que si, au contraire, le disposant agit sous l'empire d'un mauvais dessein, s'il n'a d'autre but que le plaisir de forcer ou d'annihiler la volonté du légataire sollicité par l'appât du gain, la condition est nulle et doit être rejetée : ainsi, la donation faite à une personne sous la condition d'épouser une femme de mœurs dissolues, ou avec laquelle le disposant lui-même a entretenu des relations coupables (2). En tous ces cas et autres semblables, la condition est inutile et est réputée contre les bonnes mœurs et contraire au bien public ; de sorte que le legs passe pour pur et simple et comme s'il n'était pas accompagné de condition » (3).

Nos anciens auteurs ont engagé une longue controverse sur

---

(1) Ricard, n° 257.

(2) Les Constitutions canoniques rejettent notamment la condition de ne pas épouser une fille déflorée quand réparation lui est dûe. Dans le même sens : Peregrinus, *de fideicomm.* art. II, n° 118. Ricard, n° 256. Furgole, n° 57 *in fine.*

(3) Ricard, n° 261, *Adde* Furgole, n° 72-73 qui, suivant l'esprit de la loi romaine — qu'il se borne souvent à transcrire — considère comme plus dure encore que la conditon prohibitive du mariage la condition de se marier avec une personne indigne.

le point de savoir si la condition d'épouser un parent de degré prohibé était licite ou non. De nombreux auteurs soutenaient que cette condition n'étant *a priori* ni immorale, ni illicite ne devait pas être rejetée. La difficulté selon eux était résolue en partie par le moyen d'une distinction : ils admettaient que la condition était licite entre les personnes à l'égard desquelles le pape est accoutumé de donner des dispenses ; entre toutes autres personnes la condition était considérée comme illicite et Cujas résumait en ces termes l'opinion universellement admise: « Les noces incestueuses sont un des plus grands scandales dont on puisse affliger une société bien réglée ». Ces auteurs invoquaient certains arguments qu'il n'est pas inutile de rappeler, la controverse n'étant pas encore épuisée de nos jours. La défense de contracter mariage entre certains parents n'est pas, disent-ils, de droit divin (1). C'est le droit positif ecclésiastique qui l'a formulée. Or, le pape qui est le modérateur souverain de ce droit peut accorder des dispenses et en accorde en fait ; c'est donc que la nullité de ces mariages n'est pas absolue et qu'elle peut être effacée : une nullité qui s'efface n'est pas une nullité. Notamment, Ricard s'appuie sur la raison que ce qui est contraire aux lois étant seul prohibé, la condition qui affecte un mariage qu'une dispense peut valider, n'est pas illicite puisqu'on peut infailliblement escompter l'autorisation pontificale. Certes on convient que le mariage est rendu plus difficile par l'effet de cette condition à accomplir, il est subordonné à la possibilité d'obtenir la dispense nécessaire et il peut arriver que celle-ci soit en vain demandée. Mais une difficulté ne constitue pas, sauf en ce dernier cas, une impossibilité, et n'entraîne pas de ce chef la nullité des conditions incriminées. D'ailleurs, ajoute-t-on, en se plaçant à un autre point de vue, la condition d'épouser un parent rapproché est utile socialement ; si le mariage est une union des âmes,

(1) C'est surtout à l'occasion des mariages contractés entre cousins germains que la question de la validité de la condition restrictive était agitée.

il est aussi une association des intérêts ; cette condition est donc éminemment favorable à la conservation et à la transmission des biens dans la même famille (1).

Ce n'est point l'avis de Furgole qui enseigne que le mariage étant défendu par le Droit Canonique français « jusqu'aux enfants fils de remués de germains inclusivement » la condition qui a pour objet d'inciter au mariage prohibé doit être rejetée comme nulle.

Les Constitutions Canoniques, œuvre de Dieu ou de ses ministres, édictent une prohibition indiscutable ; elles font loi en France. Sans doute une dispense peut relever le mariage de sa nullité et rendre la condition licite ; mais, précisément, dit Furgole, cette validation *a posteriori* n'implique-t-elle pas la nullité dont a du être frappée d'abord la condition ? Les événements postérieurs à l'établissement de la condition ne doivent pas être pris en considération dans l'appréciation de la condition. Une seule chose importe : c'est la mort du testateur qui fixe la date et les effets de ses dispositions testamentaires ; c'est à ce moment qu'il convient de se placer pour juger la condition : or, à ce moment, le mariage est prohibé, la condition est nulle (2).

La Jurisprudence paraît s'être fixée dans ce dernier sens, au moins dans les pays de droit écrit. Un arrêt du Parlement de Toulouse, rendu le 14 août 1726, considère comme non écrite la condition d'épouser son cousin germain (3).

Quid de la condition de se marier *arbitratu tertii* ? Notre

---

(1) En ce sens Ricard, n° 262-263.

(2) Furgole, n° 75-76.

(3) Arrêt rapporté par Albert, verb. testament., art. 27, chap. 14 de la nouvelle édition. Voir également un arrêt de la Grande Chambre, en 1727, à l'occasion d'un procès évoqué du Parlement de Bordeaux. Dans le même sens : Bourjon, 5e partie, des *Testaments*, chap. IX, n° 42. En sens contraire Pothier, qui déclare que toutes les fois que la dispense est possible la condition est valable et obligatoire ; c'est ainsi qu'il regarde comme licite la condition d'épouser sa cousine germaine contrairement à l'arrêt précité.

Pothier, *eod. loc. supr. cit.*, n° 64.

ancienne jurisprudence a suivi la loi romaine. Un arrêt du Parlement d'Aix-en-Provence, rendu le 10 octobre 1675, a rejeté la condition imposée au fils, institué héritier par son père, de ne point se marier sans avoir obtenu le consentement de son oncle (1).

Il en serait autrement si, au lieu d'un consentement exprès et formel, il ne s'agissait que d'un avis ou d'un conseil à prendre. La condition serait réputée accomplie par cela seul que l'héritier institué *sub conditione* aurait fait tout son possible pour provoquer le conseil sans qu'il soit d'ailleurs tenu de le suivre. On déclarait licite également la condition de prendre conseil auprès d'un tiers ou d'entendre ses remontrances sans que cette condition impliquât d'ailleurs la nécessité de se soumettre au veto de ce tiers (2).

Il y a d'autres difficultés sur cette abondante matière ; notre Droit ancien ne les a ni toutes abordées, ni toutes résolues. Ce que nous avons dit suffit cependant à faire la lumière sur l'ensemble des dispositions qui régissaient dans notre ancienne France les conditions relatives à la liberté du mariage. La difficulté pratique et la controverse, naissent surtout à l'occasion des conditions restrictives de la liberté matrimoniale. C'est qu'il n'y a pas ici — non plus qu'en droit romain — une théorie précise et générale. Nos anciens auteurs, comme nos anciens juges, n'ont pas su ou pas voulu dégager le problème des circonstances de fait qui le font naître ; ils ont pensé qu'une solution uniforme ne pouvait pas intervenir dans des questions aussi complexes qui mettent en jeu les intérêts les plus subtils, les intentions les plus secrètes du cœur, et qu'il convenait de subordonner à l'examen de ces contingences, la décision à prendre.

Ils ont eu tort selon nous. Elle était possible alors, comme

---

(1) Arrêt rapporté par l'Auteur du *Journal du Palais*. Voir aussi Boniface, tome IV, livre V, titre I, chap. 6.

(2) Basnage, *Des Donations*, art. CCCCXXXI de la Coutume de Normandie.

elle l'est de nos jours encore, la solution uniforme trop longtemps retardée ; le respect de la liberté naturelle et de l'utilité sociale en eûssent été le fondement logique. Concourantes au même but, il faut encourager le mariage, ces deux idées eûssent justifié dans tous les cas le rejet de toutes les clauses que nous avons examinées tant en droit romain que dans notre ancien droit.

Tandis que le droit romain sacrifiait au droit du testateur celui du légataire et celui de l'Etat, l'ancienne Jurisprudence française, profondément éprise de la Jurisprudence romaine, n'osait pas en bannir les sentences.

Mais le droit intermédiaire survint ; bouleversant nos institutions et brisant toutes les entraves, exaltant jusqu'à l'excès les principes de la déclaration de l'homme, il fit bien vite passer sur notre ancienne législation le souffle de liberté qui devait en chasser les formules.

CHAPITRE III

DROIT INTERMÉDIAIRE

L'Assemblée Nationale Constituante n'avait pas eu le temps de discuter et de voter le projet de loi sur les successions dont elle avait été saisie. Mais avant de se séparer ses membres avaient dû donner à l'opinion une satisfaction impatiemment attendue ; et, dans une de ses dernières séances, l'Assemblée, détachant de l'ensemble du projet, l'art. 32 en fit la loi des 5-12 septembre 1791. « Toute clause impérative ou prohibitive, qui serait contraire aux lois et aux bonnes mœurs, qui porterait atteinte à la liberté religieuse du donataire, héritier ou légataire, qui gènerait la liberté qu'il a, soit de se marier, même avec une telle personne, soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou qui tendrait à le détourner de remplir les devoirs imposés, ou d'exercer les fonctions déférées par la Constitution aux citoyens actifs et éligibles, est réputée non écrite ».

L'exposé des motifs qui décidèrent du vote de la loi des 5-12 septembre 1791 est, à cet égard, des plus suggestifs « C'est le moyen d'arrêter les effets malheureux de l'intolérance civile et religieuse, c'est le besoin de poser de justes bornes aux préjugés et au despotisme de quelques citoyens qui, ne pouvant se plier aux principes de l'égalité politique et de la tolérance religieuse proscrivent d'avance par des actes protégés par la loi, l'exercice des fonctions publiques, l'union de leurs enfants avec des femmes qu'ils appellent roturières, ou avec des personnes qui exercent un autre culte religieux, ou qui ont une autre opinion politique. C'est ainsi qu'ils écrivent la défense ou la condition de se marier à telle ou telle personne, à une femme de telle ou telle classe, de telle ou telle condition? Autrement, la Constitution sera violée impunément, la haine de la Révolution se cachera sous les formes respectables de la

volonté des mourants ou de la générosité des donateurs ; des mariages seront empêchés, les mœurs seront altérées... enfin l'aristocrate, l'intolérant ou l'ennemi des principes de notre Constitution commanderont encore dans le tombeau. C'est à vous de faire cesser une contradiction aussi frappante entre les lois politiques et les lois civiles, entre les volontés particulières et la volonté générale ; la Constitution seule doit triompher » (1).

Ce que le législateur de 91 voulait défendre c'était les principes souverains de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. La jeune autorité de ce droit nouveau avait besoin de s'affermir ; il lui fallait s'entourer de sanctions sévères contre tous ceux qui, manifestement ou subrepticement par le moyen des clauses ambigües, résisteraient à l'application de la grande charte révolutionnaire.

Nous remarquons que le décret de septembre 1791 est général dans ses termes et qu'il s'applique à la fois aux donations entre vifs et aux actes testamentaires. Ainsi disparaît l'antagonisme, vieux depuis Rome et perpétué par notre Droit ancien, entre les conditions affectant une donation et les conditions apposées aux legs. Et cela se conçoit. C'est à prix d'argent que les réfractaires au droit nouveau allaient soudoyer les résistances et les révoltes. C'est par des donations autant que par des legs qu'ils allaient acheter les consciences et endiguer pour le contraindre, peut-être pour l'étouffer, l'enthousiasme débordant qui acclamait la révolution.

Cet édifice posé par la loi était d'ailleurs si chancelant malgré la facilité des conquêtes d'où il avait surgi, il avait si fortement besoin d'être étayé, que plusieurs fois, au cours de la période intermédiaire, le législataire crut utile de rappeler, même d'étendre, les prohibitions de la loi de 1791.

La loi du 5 Brumaire An II, dans son art. I, dispose en effet :

---

(1) *Moniteur* du 6 septembre 1791. Merlin, *Quest. de droit*, t. II, p. 487. Voir condition § I.

Voir aussi les conclusions de l'avocat général Ronjat S. 84. I. 305. D. 84. I. 156.

« Est réputée non écrite toute clause impérative ou prohibitive insérée dans les actes passés même avant le décret du 5 septembre 1791, lorsqu'elle est contraire aux lois et aux mœurs, lorsqu'elle porte atteinte à la liberté religieuse du donataire, de l'héritier ou du légataire, lorsqu'elle gêne la liberté qu'il a, soit de se marier « ou de se remarier », même avec des personnes désignées, soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou lorsqu'elle tend à le détourner de remplir les devoirs imposés et les fonctions déférées par les lois aux citoyens ».

Peu de temps après dans son Art. 12, la loi du 17 Nivôse An II, la grande loi sur les Donations et les Successions, reproduisait expressément les dispositions de la loi de Brumaire. Ces deux dernières dispositions avaient d'ailleurs un autre but. Malgré la généralité de ses termes et de la nullité dont était frappée par la loi de 1791 toute clause portant atteinte à la liberté du mariage, la Jurisprudence s'était prononcée dans le sens d'une plus large tolérance en faveur des clauses dites de viduité (1). Les lois de l'An II vinrent ici lever toute difficulté en assimilant expressément et en annulant sans distinction toutes les conditions prohibitives du mariage, condition de célibat et conditions de non remariage.

Désormais, il n'y avait plus place pour l'équivoque ; il est hors de doute que sous l'empire d'une législation aussi formelle, toute clause relative à la liberté du mariage devait être considérée comme nulle et réputée non écrite dans toute disposition libérale.

Or, sans s'attacher davantage à souligner, comme certains l'ont fait, le caractère étrange de ces lois, qui, pour marquer la conquête des libertés nouvelles commençaient par restreindre celle du disposant, on s'est demandé au lendemain de la promulgation du Code civil si les dispositions du droit intermédiaire étaient toujours en vigueur.

En effet, vers la fin de la période révolutionnaire, l'Art. VII,

---

(1) Arrêts de la Cour de Cassation du 22 Nivôse An IX, du 20 janvier 1806, du 20 octobre 1807, S. et P. chr.

de la loi du 30 Ventôse An XII, décida que : « A compter du jour où ces lois (il s'agit de dispositions législatives rappelées ou consacrées par les autres articles de la loi) sont exécutoires, « les lois romaines », les ordonnances, les coutumes générales et locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent code ».

Puis sur les ruines de l'échaffaudage juridique mis à bas, l'article 900 du Code civil proclamait la nullité, dans toute libéralité, des conditions impossibles illicites et immorales. « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites ».

Or, nous ne trouvons pas dans le texte de la loi de Ventôse de mention relative aux lois de la période intermédiaire ; à ne considérer que les termes dans lesquels s'exprime le législateur, on peut se demander si ces lois, n'ayant pas été expressément abrogées ne restent pas encore en vigueur et ne doivent pas servir à éclairer et à fonder les dispositions laconiques de l'art. 900, du Code civil. Et la question s'est naturellement posée de savoir si les apparences littérales de la loi de Ventôse traduisaient bien l'esprit de son rédacteur et si les conditions relatives à la liberté du mariage, demeurées sous l'empire des dispositions des lois de 1791 et de l'An II, devaient être regardées comme contraires aux lois et, partant, réputées non écrites. Ou si, ces conditions ayant cessé d'être illicites, restaient seulement contraires aux mœurs, soit que l'esprit de la législation intermédiaire ait survécu à l'abrogation de ses textes, qui serviraient à interpréter l'article 900, soit qu'un esprit nouveau commandât ou rejetât les mêmes décisions.

C'est ce que nous allons essayer de dire.

Deuxième Partie

LES CONDITIONS RELATIVES A LA LIBERTÉ DU MARIAGE ET LE CODE CIVIL

Sont-elles illicites ? Sont-elles immorales ?

On a coutume de ranger les conditions relatives à la liberté du mariage parmi les conditions touchant aux mœurs.

La majorité des auteurs pense en effet que ces conditions ne tombant pas sous le coup d'un texte formel ne sont pas illicites.

Les lois intermédiaires, disent-ils, conçues dans le but de protéger les libertés conquises avaient établi comme un dogme sacré la liberté du mariage. Cette intangibilité n'a pas été expressément consacrée par le Code civil, et l'art. 900 se borne à dire que les conditions illicites et immorales sont nulles et réputées non écrites dans les dispositions à titre gratuit. C'est tout. Nous ne trouvons nulle part, dans nos lois, un texte qui établisse la nullité des conditions relatives à la liberté matrimoniale. Ce qui n'est pas contraire à la loi est permis ; ces conditions seraient donc licites.

Nous ne saurions nous en tenir à un examen aussi superficiel ; il nous faut entrer plus avant dans le détail de la controverse afin de restituer à ces conditions, sans équivoque possible, leurs caractères véritables. Nous avons vu que la loi du 30 Ventôse An XII, dans son abrogation générale du droit antérieur avait paru excepter, en ne les nommant pas, les lois portées par les Assemblées révolutionnaires.

Et l'opinion qui d'abord parut l'emporter fut fixée en ce sens que la législation intermédiaire n'étant pas formellement abrogée, conservait son empire e que, par suite, les conditions qui génaient la liberté du mariage étaient frappées d'une nul-

lité absolue. C'est ainsi que la Cour de Bruxelles, dans un arrêt rendu le 16 mai 1809, a jugé que l'article 900 du Code civil devait être interprété avec le secours des lois intermédiaires et que les conditions qui nous occupent devaient être réputées non écrites (1).

La loi de Ventôse, a-t-on dit, a procédé par énumération, et il n'est pas douteux qu'elle ait abrogé toutes les dispositions qu'elle a expressément nommées. Ce qui n'est pas moins sûr c'est que l'abrogation d'un texte, si elle peut s'induire des termes généraux d'une loi ne saurait cependant être trouvée dans une énumération où ne figure pas ce texte. Sont abrogés en conséquence, les lois romaines, expression qui n'éveille aucun doute, les ordonnances, qui rappellent les dispositions de notre ancien droit royal, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements qui visent des mesures d'ordre administratif, antérieurs à la loi de Ventôse. Les lois intermédiaires ne sont susceptibles d'aucune de ces qualifications ; et si le législateur de l'An XII ne les a pas nommées, c'est qu'il a entendu les laisser survivre à l'abrogation des textes de l'ancien régime. La loi du 30 Ventôse An XII est, en effet, l'aboutissant logique, et la consécration des conquêtes remportées par les hommes de la Révolution sur le droit périmé de l'Ancienne Monarchie. Elle apparaît — et aussi l'article 900 — non comme une mesure de réaction dirigée contre le droit nouveau, mais bien plutôt comme la réalisation définitive des vœux de la Constituante de 1791.

C'est cette argumentation qui a été reproduite et défendue avec vigueur par Laurent à plusieurs occasions, et par Aubry et Rau dans la 5e édition de leur ouvrage fondamental (2).

« Il est certain, dit Laurent, que, quand une matière est réglée d'une manière complète par le Code Napoléon, tout le droit ancien est abrogé, sans que l'on doive entrer dans la

---

(1) Arrêt de la Cour de Bruxelles, 16 mai 1809, D. Répert., au mot : Dispositions entre vifs.

(2) Aubry et Rau, 5e édit., t. I, pages 35 et 36, § 14, texte et note I. — Contra 4e édit., t. 7, pages 290 et 291 § 692, note 8.

question de savoir si le droit ancien est ou n'est pas compatible avec le droit nouveau. Mais, la loi de Ventôse n'abroge pas les lois dites intermédiaires, celles qui furent portées à partir de 89 ; elle énumère les parties de l'ancien droit qui sont abrogées : ce sont les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements. Il n'est pas question de lois nouvelles : c'est la diversité de l'ancien droit, à laquelle le législateur de l'An XII voulait mettre fin ; il devait donc se borner à abroger le droit antérieur à 89 » (1).

Contre cette opinion proteste cependant l'unanimité de la doctrine (2).

La Jurisprudence repousse également l'opinion de Laurent ; elle estime que l'art. 900 du Code civil reste seul en vigueur aujourd'hui pour régler le sort des conditions illicites et immorales et qu'il n'a pas besoin, pour être interprété, du secours des lois intermédiaires (3).

En présence de ces deux opinions contraires pouvons-nous hésiter ? Nous ne le pensons pas. Sans doute la thèse développée par Laurent a pour elle les apparences littérales du texte et c'est là le plus solide argument qu'on ait pu faire valoir en sa faveur. Nous croyons qu'il est insuffisant à en assurer le succès. Tandis que le savant professeur excipe de l'absence d'une abrogation formelle pour démontrer la survivance des lois intermédiaires nous ne voyons au contraire dans les

---

(1) Laurent, Principes, t. I, Introduction, n° 27. Voir aussi sa note sous C. Appel Liège, 11 janvier 1883, S. 1883-4-25.

(2) Chabot, *eod. loc. supr. cit.* § I, n° 3. — Chardon, Dol et Fraude, t. III, n° 594. — Duranton, *Cours de Droit Français*, t. VIII, n° 106. — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Droit civil*, t. I, n° 40 bis. — Grenier, *Donations et Testaments*, n° 157. — Guilhou, *Donations entre vifs*, t. II, n° 626. — Masse et Verge sur Zachariae, t. III, § 464, p. 179, note 10. — Merlin, *eod. loc. supr. cit. sect.* 2, § 5, art. 4. — Proudhon, t. I, n° 408. — Troplong, *Donations et Testaments*, t. I, n° 244. — Trouillier, t. V, n° 250.

(3) En ce sens, Arrêt de la Cour de Cassation S. t. II, I-205. — Cour d'Appel de Liège, 11 janvier 1883. — J. Pau, 1883, 22, 4. — Voir aussi sous Cassation, 22 octobre 1896, S. 97-1-397, les conclusions de l'avocat général Desjardins.

expressions cumulatives de la loi de Ventôse qu'une redondance de langage familière au législateur prolixe de l'époque et nous pensons même que les statuts et règlements dont parle la loi sont des expressions susceptibles de s'appliquer aux décrets-lois de la période révolutionnaire.

Ce qui nous sollicite encore à partager l'opinion dominante, c'est que, contrairement à l'argumentation spécieuse de Laurent, les rédacteurs du Code civil ont bien eu l'intention de faire dans le titre II du Livre III la théorie complète et définitive des Donations et des Testaments . comment dès lors concilier cette entreprise avec le désir de laisser en vigueur des dispositions antérieures qu'ils n'incorporaient pas au présent Code ? Cette objection nous paraît décisive et c'est contre Laurent lui-même qu'il faut retourner l'arme avec laquelle il combat cette thèse : « Quand une matière est traitée d'une manière complète par le Code Napoléon, tout le droit ancien est abrogé ».

D'ailleurs, le Code civil ne consacre pas seulement les conquêtes du droit intermédiaire. Notre Code est bien plus, on l'a dit souvent, une œuvre de transition et de transaction destinée à concilier l'idéal révolutionnaire et les conceptions plus pratiques et plus raisonnables d'une époque assagie. La Révolution est une période des plus troublées de notre histoire ; elle a engendré une législation éphémère et d'expédient, qui ne devait pas avoir plus de durée que la Révolution elle-même ; la loi du 30 Ventôse An XII marque donc, selon nous, à la fois la fin de l'histoire et de la législation intermédiaires.

Nous ajoutons que l'opinion contraire, si elle triomphait, aurait des effets regrettables. Notre Code serait réduit aux proportions d'un moment incomplet et le juge serait contraint à rechercher dans des dispositions antérieures, produit d'un esprit différent, le correctif ou le complément nécessaires, et ne correspondant plus cependant aux tendances d'une époque nouvelle. Une telle pratique n'est-elle pas incompatible avec le but essentiel de toute codification qui est précisément de faire connaître à propos d'une matière nommée l'ensemble des mesures législatives qui la gouvernent ? Que penser, en effet,

de l'utilité d'un Code dont l'application serait sans cesse tenue en suspens par la nécessité de contrôler ses dispositions avec celles des lois antérieures et de les plier à leurs modalités ? Tout le monde convient qu'une loi particulière et postérieure déroge à la loi générale, mais comment admettre qu'une loi d'ordre général laisse survivre des dispositions particulières, antérieures à elle, alors qu'elle n'en rappelle pas même l'existence !

C'est pourquoi nous pensons que les lois du 5-12 septembre 1891, des 5 Brumaire et 17 Nivôse de l'An II ont été, au moins virtuellement, abrogées par la loi du 30 Nivôse An XII, et que les conditions relatives à la liberté du mariage, n'étant plus visées par aucun texte de loi, ont cessé d'être contraires à la loi.

Contraires à la loi écrite, expresse, non ! Mais ne viole-t-on pas la loi quand on déroge à ses dispositions tacites ? Il conviendrait donc de rechercher si les conditions relatives à la liberté du mariage — qui, toutes, nous le savons maintenant, ont pour objet de restreindre ou d'annihiler la liberté de ceux à qui elles sont imposées — ne tombent pas sous le coup des dispositions tacites de la loi. Beaucoup l'ont pensé et ont vu en elles des conditions touchant à l'ordre public. L'ordre public, dans sa définition courante, est un arrangement social, politique ou civil. Le mariage et les conditions qui l'affectent n'intéressent évidemment pas les dispositions de la loi politique. Mais l'arrangement civil de la société est fondé sur les lois qui régissent l'état et la capacité des personnes. Et nous estimons qu'à ce double titre les conditions relatives à la liberté du mariage relèvent de l'ordre public.

Les qualités d'époux et de célibataire sont en effet au premier plan parmi les qualités de l'état civil. La question est donc de savoir si la condition de rester célibataire par exemple, ou la condition de se marier avec telle ou telle personne ne sont pas, par nature, contraires aux principes d'ordre public que le législateur a posés en matière d'état civil. Or, nous savons que l'état est libre ; que chacun, dans les limites de la loi, peut

choisir son état ; que nul n'est contraint malgré lui d'en changer ; et que, par suite, nous devrons considérer comme contraires à l'ordre public toutes les conditions qui tendent à modifier celles que la loi a établies quant à l'acquisition et à la conservation de l'état.

Mais c'est surtout en raison des atteintes, qu'elles portent à la capacité civile des personnes, que les conditions relatives à la liberté du mariage tombent sous la sanction des lois d'ordre public. La capacité est la règle, dit-on, l'incapacité, l'exception. On entend par là que notre capacité civile, en principe pleine et entière, ne peut subir de restrictions que dans les cas rigoureusement déterminés par la loi, restrictions qui résultent soit de l'âge, soit de la capacité physique ou intellectuelle, soit de condamnations pénales prononcées par les tribunaux, soit des rapports que l'état civil des parties a pu établir entre elles. Analysons dans leur généralité les conditions relatives au mariage. Quelles qu'elles soient, prohibitives, impératives ou seulement restrictives, quelle qu'en soit l'espèce, condition de viduité, condition de célibat, condition d'épouser telle personne désignée, etc., elles ont toutes pour effet d'ajouter aux conditions fixées par la loi, et de retirer un droit à ceux qui sont astreints à les accomplir.

S'il s'agit d'une condition prohibitive, la condition de célibat par exemple, elle enlèvera au bénéficiaire *sub conditione* le droit de se marier qui est un droit d'ordre public, implicitement accordé par la loi à toutes les personnes qui ne sont pas frappées par elle d'une incapacité définie. S'il s'agit d'une condition restrictive, elle enlèvera le droit de se marier avec une personne autre que celle imposée par la condition, ou de ne pas se marier avec une personne désignée. Dans tous les cas, ces clauses ajouteront à la loi des conditions que la loi n'a pas prévues, et nul n'a le droit, même à prix d'argent, de contrevenir aux dispositions d'ordre public, soit en retranchant à ces dispositions, soit en y ajoutant (1).

---

(1) C'est un principe sur lequel nous nous appuierons fréquemment quand nous examinerons une à une les diverses conditions.

D'où il suit que les conditions relatives à la liberté du mariage sont des conditions illicites. Elles sont illicites non pas parce qu'elles heurtent le texte ou l'esprit des lois intermédiaires, suivant l'avis de Laurent ; elles sont illicites parce qu'elles dérogent à des principes plus généraux tirés de l'ordre public, de l'état et de la capacité civils des personnes.

Cette assertion a été discutée (1).

Il est inexact de dire que des conditions ont pour effet de modifier l'état ou la capacité des individus à qui on les impose. La condition — toute condition — est un évènement futur et incertain à la réalisation duquel les parties ou le disposant ont subordonné l'existence d'une situation juridique. Que la condition ne se réalise pas, soit par l'oubli de celui qui s'oblige, soit par sa volonté, soit par la seule force des choses, suivant la nature particulière des conditions, aucun effet de droit ne se sera produit, la situation juridique prévue ne sera pas. Appliquons ce raisonnement à la matière concrète qui nous occupe. Nous dirons : Si le gratifié, à qui l'obligation est faite de ne pas se remarier enfreint cette défense, il perdra le bénéfice de la libéralité. Mais c'est tout, là est le seul effet certain ; il ne faut pas dire que la condition de ne pas se remarier fait à celui qui est tenu de l'accomplir l'obligation inéluctable de s'y conformer ; l'époux survivant conserve la liberté absolue de contracter un nouveau mariage : la seule sanction qui pourra l'atteindre, c'est la perte de la libéralité, de l'émolument attaché à la réalisation de la condition. Si celle-ci est défaillie, la libéralité, qui est ici la situation juridique prévue, ne sera pas acquise au bénéficiaire désigné. C'est en ce sens seulement, conclut-on, qu'on peut parler de conditions impératives, restrictives, ou prohibitives du mariage.

En droit strict, cette interprétation est indiscutable et indiscutée. En fait, malgré la valeur logique de cette argumentation,

(1) Favard de Langlade, Répertoire, voir *Donat. entre vifs*, sect I. § 2.

avons-nous vraiment, en retranchant à la force des mots, restreint celle de ces clauses ? Sans doute le gratifié conservera sa liberté, et, pourvu qu'il fasse l'abandon ou soit privé de la libéralité, pourra suivre ses inclinations naturelles. Mais cette liberté qui lui reste est illusoire. Pour combien, en effet, ne ne faut-il pas compter dans la détermination qu'il prendra, l'appât du lucre entrevu ? Car de deux choses, l'une : ou bien la libéralité est modique, et alors il s'agit d'une plaisanterie que la loi ne connait ni pour la proscrire ni pour la valider : ou bien, au contraire, il s'agit d'une somme importante capable de jeter dans la balance un poids égal ou supérieur à celui de l'attrait qu'exerce sur l'indécis le mariage commandé, et susceptible par suite de provoquer une détermination « où l'argent aura parlé plus haut que le cœur ».

C'est dans ce cas que nous dirons que la condition relative au mariage est contraire aux mœurs elle suggère au gratifié le conseil immoral de renoncer à sa liberté moyennant une somme d'argent ; elle s'analyse en définitive en un marché, or, la liberté individuelle est inaliénable. Remarquons d'ailleurs que s'il suffisait de dire que le gratifié peut conserver dans tous les cas sa liberté en renonçant à la donation ou au legs, pour justifier la validité des conditions relatives au mariage, cette argumenation pourrait être appliquée à toutes les conditions illicites et l'on n'apercevrait bientôt plus le but poursuivi par l'art. 900.

Non ! La question n'est pas de savoir si le mariage reste possible et libre ; sans doute il le reste, la condition n'y peut rien changer : « Mais, dit excellement Duranton, elle place la personne entre son intérêt et ses inclinations ; l'intérêt est égoïste ici, les inclinations sont chose utile à la société, à la famille. Si elles sont sacrifiées à l'intérêt, le bien public en souffrira ».

La faculté d'option laissée au gratifié n'est donc pas une chose suffisante pour effacer le caractère illicite de la condition relative à la liberté du mariage. Elle est insuffisante également pour purger cette condition de son immoralité. En effet, ce

n'est pas tout de dire que la condition qui a pour effet de restreindre ou d'annihiler la liberté matrimoniale est contraire aux lois d'ordre public, et partant, illicite ; une telle condition, nous venons de le voir, est contraire aux mœurs, autant qu'à la liberté naturelle, par l'influence maligne qu'un mariage ou qu'un célibat forcés peuvent exercer sur sa moralité.

Ce n'est pas ici, croyons-nous, le lieu de rappeler les discussions que suscitent les expressions « les mœurs » ou les « bonnes mœurs ». Qu'il nous suffise d'invoquer Bartin et son ouvrage classique sur les conditions impossibles, illicites et immorales et de dire avec lui que les conditions dont nous nous occupons sont de celles qui, le plus fréquemment, mettent en cause les mœurs : « La condition qui touche aux mœurs peut être définie celle qui met en jeu les relations personnelles... Comme type de ces relations on peut citer celles qui tendent a créer la famille : la condition qui touche à la liberté du mariage est le type de la condition qui touche aux mœurs » (1).

Une condition qui touche aux mœurs peut y être ou contraire ou conforme. Il n'est pas douteux, selon nous, que les conditions qui touchent à la liberté matrimoniale, et qui, la touchant, ne peuvent que la restreindre, sont des conditions contraires aux mœurs.

Ce n'est pourtant pas aujourd'hui l'opinion dominante. On soutient le plus généralement, en effet, que la question ne peut être l'objet d'une appréciation d'ensemble et qu'il convient d'étudier séparément chacune des conditions qui affectent la liberté du mariage. Il faudrait envisager à part les conditions dites impératives, les conditions restrictives, et les conditions prohibitives, et dans chacun de ces groupes se livrer à un examen d'espèce, aucune de ces conditions, nombreuses et variées, n'étant susceptible de recevoir une même interprétation. Bien plus ce n'est pas en raison seulement de leur variété intrinsèque qu'il convient de s'attacher à l'analyse spécifique

(1) Bartin, *Traité des conditions impossibles, illicites et immorales*, Paris, 1887, p. 248 et s.

de chacune d'elles ; il faut encore, après les avoir réalisées en elles-mêmes, les replacer dans leur cadre, et apprécier les circonstances qui les ont fait naître, les mobiles qui les ont inspirées, le but véritable qu'elles se sont proposé.

Cela revient à dire que la doctrine a déplacé la question et a porté sur le terrain du fait l'examen que nous ne croyons nécessaire que dans le domaine du droit.

C'est cette opinion qui a trouvé son expression la plus concise chez Marcadé : « La question de valdité des conditions relatives à la liberté du mariage ne doit pas être examinée en thèse et ne peut être sainement résolue que par l'appréciation des circonstances spéciales à chaque affaire » (1).

Baudry-Lacantinerie et M. Colin s'expriment dans un langage à peine différent. Suivant ces auteurs : « Une condition est ou non contraire aux mœurs suivant la moralité, l'utilité sociale du but qu'elle poursuit. Il en résulte nécessairement que la question de savoir si une condition est ou n'est pas contraire aux mœurs devient une pure question de fait » (2).

Toutefois la doctrine n'est pas uniforme.

Il y a des auteurs qui, tout en admettant que la question de validité des clauses relatives à la liberté du mariage est une question de fait, n'ont pas voulu l'abandonner sans réserve à l'arbitraire des juges. Ils ont pensé, non sans raison, que l'opinion contraire aurait le grave inconvénient de multiplier les solutions d'espèce, de décomposer en une infinité de nuances la nature des sentiments qui ont inspiré le disposant, et de provoquer, en bien des cas, des décisions contradictoires. Ils ont tenté de limiter la latitude d'appréciation laissée aux tribunaux par l'observation de quelques règles. D'après ces auteurs, en effet, lorsque certaines circonstances favorables se rencontreront, par exemple, l'intérêt du légataire, son âge

---

(1) Marcade, sur l'article 900, n° 3.

(2) Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations et Testaments*, t. I n° 174 ; c'est encore l'avis de M. Labbe, dans sa note sous un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 1er avril 1862, S. 1862-2-145. Dans le même sens Troplong, *Donations entre vifs et Testaments*, n° 237 et suiv.

avancé, le souci de conserver les biens aux enfants d'un premier lit, dans tous ces cas, dans d'autres encore, les conditions restrictives et même prohibitives de la liberté du mariage doivent être validées par le juge ; dans le cas contraire, ces conditions doivent être déclarées nulles et réputées non écrites. A cette opinion se rallient notamment Demolombe et Aubry et Rau (1).

D'autres auteurs, se montrent partisans décidés de la validité, dans tous les cas, des conditions imposées par le disposant. Ne prenant en considération que la liberté absolue de disposer sous ses deux formes, donner et tester, dans les limites où l'enferme la loi, ces auteurs ont soutenu la thèse que toutes les conditions relatives à la liberté du mariage étaient valables et qu'elles étaient obligatoires pour le gratifié à peine de déchéance de la libéralité. Il n'y a pas d'opinion que ne réprouve plus le sens commun et qui heurte davantage l'esprit de nos lois (2).

Enfin un quatrième groupe d'auteurs repousse toutes les théories émises. Le mariage est une chose sainte et sacrée, l'accomplissement d'un devoir naturel de l'homme ; c'est pourquoi la loi l'a entouré d'une faveur particulière et a limité l'exercice de ce droit à l'observation des seules formalités indispensables à sa célébration, à sa durée et à sa preuve. La liberté du mariage ne saurait donc être restreinte en aucune manière et à aucun prix ; toute condition contraire aurait pour effet de détourner l'homme de la voie naturelle ou l'engagent ses destinées inéluctables. C'est ainsi que Laurent et M. Huc, partant du point de vue, très élevé et très juridique à la fois, de la liberté absolue du mariage, ont soutenu avec une grande conviction que, non seulement les clauses prohibitives, mais encore les clauses restrictives de la liberté du mariage étaient

---

(1) Demolombe, *Donations et Testaments*, t. I, n° 240 et suiv. — Aubry et Rau, 4e édit., t. VII, p. 291, § 692 et suiv.

(2) Favard de Langlade, *eod. loc. supr. cit.*, n° 597, et quelques autres auteurs.

nulles, et tombaient sous le coup rigoureux de l'article 900 du Code civil (1).

Quant à la Jurisprudence, elle est, dans la plupart des cas, la sanction de l'opinion doctrinale dominante. Elle a eu des débuts incertains sous l'empire des dispositions éminemment restrictives de la législation intermédiaire ; puis, elle a, peu à peu, évolué vers le sens de plus bienveillant à l'endroit des conditions relatives à la liberté du mariage. Cela ne s'est pas produit sans résistance. Le Tribunal de Périgueux a décidé par un jugement du 30 août 1865 que la condition de viduité était nulle (2).

Le Tribunal de Saint-Lô, le 20 août 1874, a jugé que la condition de ne pas se marier était nulle (3).

La Cour d'Appel de Caen a jugé, le 24 juillet 1894, contrairement à une décision du Tribunal de Lisieux, que la condition de viduité était immorale et devait être réputée non écrite (4). Mais déjà on constate que cette résistance n'émane plus que de juridictions secondaires et que la jurisprudence de la Haute Cour s'est fixée depuis longtemps dans le sens opposé. Non seulement elle valide les conditions impératives et restrictives de la liberté du mariage — condition de se marier et de se remarier, condition d'épouser telle personne, condition de choisir son époux dans tel lieu, telle ville, à l'exclusion de tels autres, condition de solliciter et d'obtenir le consentement de telles personnes, ascendants ou non ascendants — confirmant dans tous ces cas la jurisprudence de l'Ancienne France, —

---

(1) Laurent, *Principes de Droit civil*, t. II, n° 496 et suiv. — M. Huc, *Commentaire du Droit civil*, t. VI, n° 59 et suiv. — Demante, *Cours de Code civil, Donat. et Test. sur l'art.* 900. — Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, 5e édit., n° 3040-3041.

(2) T. Périgueux, 30 août 1865, sous Cassation, 18 mars 1867, S. 1867-I-204.

(3) Tr. St-Lô, 20 août 1874, sous arrêt Cour d'Appel de Caen du 16 mars 1875, S. 1875-2-143.

(4) Arrêt C. Caen, 24 juillet 1894, sous Cassation, 22 décembre 1896, S 1898-1-537.

mais encore la Cour de Cassation a fait œuvre nouvelle. Rompant nettement avec notre vieille tradition, elle a pris le contrepied des lois intermédiaires pour consacrer une jurisprudence, qui heurte rudement l'esprit et le texte de l'art. 900. Elle décide par exemple que la condition de ne pas se marier, qui fut de tout temps repoussée par nos lois, n'est pas nulle *a priori* et que le juge garde quant à l'appréciation des motifs qui l'ont dictée un pouvoi rsouverain ; il la rejette ou il la valide suivant sa conscience.

C'est contre cette interprétation, à notre sens, erronée de l'art. 900, que nous avons cru utile de nous élever. Nous avons le désir de montrer que les décisions de la Jurisprudence sont commandées par l'influence des circonstances du fait et par la considération des personnes, bien plus que par la préoccupation, qui devait être unique, d'appliquer la loi objective.

La Jurisprudence ne voit pas en principe dans la condition relative à la liberté du mariage une clause attentatoire à la liberté naturelle : nous n'y voyons que cela. Elle valide ou rejette, après examen des motifs qui l'ont dictée, la condition imposée au bénéficiaire ; nous ne voulons pas connaître les motifs : et si, quelquefois, derrière la Jurisprudence nous entrons dans cette voie, c'est pour constater la volonté tyrannique, ou l'inopportune sollicitude du disposant, c'est pour aller chercher là encore une justification de la thèse que toute condition, qui peut avoir pour effet la violation de la loi morale et, par surcroît, des lois d'ordre public, doit être considérée, *a priori*, comme nulle et réputée non écrite. Ce n'est pas quand le mal nous aura été révélé, et seulement en ce cas, que nous en condamnerons la cause ; il suffit que le danger se montre et que le péril soit possible pour que nous rejetions la clause qui les engendre. Or, toutes les conditions — à l'exception peut-être des conditions impératives absolues — font courir à notre liberté et à l'utilité sociale un danger qu'il faut combattre. Nous les rejetterons.

On voit dès lors quel esprit nous sépare de la Jurisprudence et de la majorité des auteurs. Il ne sera pas moins curieux de

noter, dans les développements qui vont suivre, les efforts que le législateur lui-même semble réaliser pour prendre position en faveur de notre thèse. On s'en convaincra bientôt.

Il nous faut maintenant entrer dans le détail de cette matière et examiner de plus près les principales conditions qui, depuis la promulgation du Code, ont fait l'objet des controverses, tant en doctrine qu'en jurisprudence.

Troisième Partie

EXAMEN CRITIQUE DES DIFFÉRENTES CONDITIONS RELATIVES A LA LIBERTÉ DU MARIAGE

CLASSIFICATION. — Nous avons distingué en droit romain et retrouvé dans notre droit ancien trois groupes de conditions relatives à la liberté du mariage : des conditions impératives, des conditions restrictives, des conditions prohibitives.

Nous les avons nommées jusqu'ici sans les caractériser davantage, parce qu'il nous a paru, que les termes, eux-mêmes, n'éveillaient aucun équivoque, surtout, parce que la distinction n'a jamais été aussi nettement précisée que nous avons dû le faire aujourd'hui devant l'abondance et la diversité des conditions de ce genre que la pratique a révéléees.

Les conditions impératives sont celles qui invitent au mariage sans restriction ni réserve : elles apparaissent *à priori* comme un moyen de combattre le célibat.

Les conditions prohibitives ont pour effet d'anéantir la liberté matrimoniale ; contre-pied des conditions impératives elles sont une prime donnée au célibat.

Ces conditions sont absolues ; il s'agit dans le premier cas de la condition de se marier, *lato sensu ;* dans le second, des conditions de ne pas se marier, et de ne pas se remarier, condition de célibat et quand il s'agit de la femme, condition de viduité. Au contraire, les conditions que nous appelons restrictives, ne sont pas des conditions absolues ; elles n'édictent pas d'empêchement total : ce sont des conditions prohibitives et des conditions impératives relatives. Elles tendent à subordonner l'acquisition d'une libéralité à l'observation de certaines clauses qui limitent, sans la supprimer, la faculté de se marier.

Pour des raisons d'ordre pratique et d'ordre théorique à la fois, il nous a paru meilleur de réunir ces dernières conditions dans un groupe spécial que de les fondre dans l'éude des conditions absolues dont elles se rapprochent ; la matière en est simplifiée, en étant rendue plus claire ; d'autre part, ne peut-on pas admettre, *a priori*, que ces clauses en raison même de leur moindre rigueur sont susceptibles d'un traitement plus favorable ?

Ces explications une fois fournies, nous allons passer en revue les différentes conditions relatives à la liberté du mariage.

Nous commencerons par les conditions prohibitives. Non seulement ces conditions font échec à la liberté naturelle des individus, mais encore elles sont celles qui menacent le plus la viabilité de l'institution même du mariage, et il convient de les examiner d'abord. Nous verrons ensuite les conditions restrictives qui emportent, quoique amoindri, le même double effet et nous terminerons par l'étude des conditions impératives dont l'unique effet est, dans un but d'utilité publique, croyons-nous, de porter atteinte à la liberté matrimoniale.

CHAPITRE I

LES CONDITIONS PROHIBITIVES

Condition de ne pas se Marier. — Condition de ne pas se Remarier

Il existe deux sortes de conditions prohibitives : la condition de ne pas se marier et la condition de ne pas se remarier. On les appelle fréquemment celle-la, condition de célibat ; celle-ci, du moins, quand elle s'applique à la femme, condition de viduité. Depuis longtemps, nous l'avons vu, depuis le Bas-Empire romain, ces deux conditions ont été nettement distinguées l'une de l'autre, la Jurisprudence se montrant d'une manière générale plus rigoureuse pour la première et validant plus aisément la condition de non remariage.

Il en a été ainsi dans notre droit moderne, au moins dans la première moitié du dernier siècle ; depuis cette époque, en effet, la Jurisprudence tend à assimiler de plus à plus les deux clauses et à se départir de la rigueur dont elle entourait la condition de célibat.

Notre examen va porter d'abord sur cette condition.

Section I

La Condition de non mariage, ou de célibat.

La condition de non mariage, ou de célibat comme nous l'appellerons désormais est assez fréquente en pratique. Le disposant, mû par des mobiles divers l'énonce ainsi : « Je donne — ou je lègue — 50.000 francs à Paul, à condition qu'il ne se marie pas ».

Elle correspond à la condition « *si non nupserit* » des Romains.

La majorité des auteurs exprime l'avis qu'elle est immorale,

contraire aux mœurs, et doit être réputée non écrite suivant les prescriptions de l'art. 900 du Code civil (1).

Les raisons qu'ils invoquent sont excellentes et il convient de les reproduire.

a) « La condition de ne pas se marier, dit Laurent, doit être réprouvée comme illicite : c'est l'opinion traditionnelle ».

Le premier argument est donc un argument historique. Il n'est pas superflu de le dire dans une matière où tout texte précis fait défaut, et où, par suite, on se sent nécessairement conduit à chercher dans l'histoire l'appui que n'offre pas la législation contemporaine. Sans doute il ne convient pas de ressusciter ici les dispositions abrogées d'une législation, dont l'esprit ne répond plus au nôtre ; nous avons dit, en effet, que la loi de Ventôse An XII, en a fait table rase, contrairement à l'opinion du même Laurent qui, on le conçoit, hésite moins que nous encore à rappeler la règle raditionnelle. Mais si la Révolution n'est ni la tradition, ni partie de la tradition, il ne faut pas oublier la constance sans défaillance avec laquelle, depuis le Droit romain jusqu'à la promulgation du Code civil, la condition de célibat a été condamnée par les lois. A Rome, même à l'époque du Bas-Empire, quand l'institution du mariage devint si fragile par suite de la dissolution effrenée des mœurs et de la multiplication des divorces, la même rigueur subsista ; et c'est encore, nous l'avons vu, celle de la

---

(1) Aubry et Rau, 4e édit., t. VII, § 692, p. 291. — Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *eod. loc. supr. cit.*, t. I, n° 183. — Boileux, *Commentaire sur le Code civil, art.* 900. — Bonnet, *Disposit. par contr. de mariage*, t. I, n° 159. — Coin Delisle, *Donat. et Test. sur art.* 900, n° 30. — Delvincourt, *Don. et Test.*, t. II, p. 400. — Demante, *eod, loc. supr. cit*, t. VI, sur art. 900, n° 16 bis. — Duranton, *Cours de Droit Français*, t VIII, livre III, titre II, § 120 et suiv. — Grenier, *Dont. et Test.*, t. I, n° 155. — Larombière, *Obligations sur art.* 1172, n° 18. — Merlin, répertoire, *eod. loc. supr. cit. et Questions de droit, eod*, verb., § 1. — Pezzani, *Empêchements au mariage*, n° 124. — Poujol. *Donat. et Test. art.* 900, n° 15. — Saintespes Lescot, *Donat. et Test.*, n° 126. — Trouiller, *eod. loc. cit.*, n° 226. — Vazeilles, *Donat. et Test. sur art.* 900. — Massé, et Vergé sur Zachariae, t. III, p. 177. — Laurent, *Principes*, t. XI, n° 496.

Jurisprudence de notre ancienne monarchie. Nous ne voyons pas dans les travaux préparaoires qu'un état d'esprit nouveau, hostile aux décisions de l'Ancien Régime, d'ailleurs consacrées par les lois postérieures à 89, se soit dressé contre la confirmation au moins tacite d'une sanction séculaire.

C'est que les raisons les plus sages l'ont de tout temps justifiée.

b) Le mariage est l'accomplissement d'un devoir naturel. Ce serait déjà le prouver que de rappeler sa haute antiquité. Après les formes éphémères du matriarchat, d'ailleurs mal connues et mal définies, dès que la civilisation vint, l'homme et la femme éprouvèrent le besoin impérieux de consacrer par le moyen de la loi l'union de fait qu'ils avaient établie. De cette union ils ressentaient toute la fragilité, l'insuffisance et le danger devant les difficultés nouvelles de la vie : le mariage a été le produit rapide et le plus sûr de la civilisation. « L'homme et la femme, disait Portalis, s'unissent pour s'aider par des secours mutuls à supporter le poids de la vie » (1).

Les plus ardents défenseurs du féminisme, de l'union libre qui n'est qu'une union de fait et, par suite, qu'un célibat à peine déguisé, ceux-là mêmes, qui considèrent le mariage comme un préjugé antique, n'essaient pas de dissimuler la force invincible qui guide les hommes vers cette voie naturelle. C'est un besoin que chaque homme apporte et éprouve en naissant, celui de l'association ; sous toutes ses formes, l'association n'est possible, elle n'est durable qu'avec le concours de la loi et de sa sanction. Le mariage qui est une association plus intime et plus féconde que toutes les autres, puisqu'elle rapproche non seulement les intérêts mais encore les cœurs, doit, plus que toutes les autres, s'entourer des garanties de la loi. Si c'est un préjugé, il est éternel, et il faut se réjouir que l'homme qui se marie, comme l'homme qui croit, soit naturellement le jouet d'une erreur qui élève son âme et ennoblit sa passion.

---

(1) Locré, *Législation civile*, t. IV, p. 479-481.

c) En effet, on a dit souvent — pas assez peut-être — puisque, combattu par des simples, le mariage ne trouve pas auprès des juges toute la protection dont il a besoin — le caractère moralisateur du mariage.

Le mariage est pour les époux, comme pour les enfants, une école de l'effort, la première pour ceux-ci, la meilleure pour ceux-là, parce que c'est la seule où l'effort, vierge de toute compromission, ne soit pas mêlé au souci impur de l'opinion publique. C'est à cette école que les enfants s'élèvent et grandissent, attentifs aux exemples qui leur sont donnés, apprenant dans le traitement qu'ils reçoivent celui qu'ils devront rendre un jour. On voit quel danger tient constamment en haleine l'activité laborieuse, l'esprit de justice et l'affection des parents. Les enseignements que les enfants reçoivent au foyer sont le plus sûr héritage que leur transmettent les parents, souvent le seul, et ils peuvent rendre plus riches que tous les biens de la terre, ceux qui les recueillent.

Le mariage constitue encore une sauvegarde morale : il met l'homme et la femme à l'abri de la débauche, il les met en garde contre les habitudes trop faciles de la dissipation, de la paresse et de la luxure et par là se justifie pleinement l'utilité sociale de cette institution.

d) Le mariage est, en effet, une institution d'utilité publique. Il engendre la famille avec tous ses besoins. C'est au sein de la famille, pour la satisfaction de ses appétits que sont mises en œuvre les vertus sociales qui, tout en parant les hommes qui les possèdent, concourent au bien-être de la société : le travail, l'ordre, la prévoyance, l'épargne qui sont nécessaires à la vie de la famille sont indispensables à l'existence de la nation.

Il y a plus encore. Le mariage est la pépinière des défenseurs d'un pays ; et un, pays quelles que soient son histoire et son étendue territoriale, n'est grand, que si, aux heures du danger, il peut opposer le nombre de ses enfants au nombre des envahisseurs. Si, en 1914, la France, dont la superficie sur le continent européen est à peine inférieure à celle de l'Allemagne, avait pu lever sur son sol des armées aussi denses que celle

de l'ennemi, la durée de la guerre eût été sensiblement abrégée, bien des vies humaines eûssent été épargnées, et l'angoisse de la défaite plus heureusement apaisée que par le secours des alliances aux marchés onéreux.

La famille est la cellule première de la patrie, le mariage en est l'assise. Qu'il soit époux, père ou fils, l'homme ne peut avoir d'existence en dehors d'elle, en dehors de lui ; il existe par eux, il existe pour eux, il ne peut exister sans eux; à moins de substituer à la famille des légitimes, la famille des concubins et des prostituées. Le mariage, voilà donc la véritable molécule sociale, « la force des nations libres » et l'élément fondamental de leur constitution !

Loi naturelle, loi morale, loi sociale et patriotique, l'obligation au mariage n'est cependant pas sanctionnée par la loi civile. Le célibat n'est pas un délit, et nous verrons bientôt qu'il n'est l'objet d'aucune réprobation formelle, sinon de nos mœurs, du moins de notre législation. Bien plus, a-t-on dit, la loi favorise les célibataires. La loi du 10 mars 1818, art. 15, ne dispensait-elle pas du service militaire les jeunes gens qui entraient dans les ordres ?

C'est sur cette considération, notoirement insuffisante, que se sont appuyés certains auteurs pour défendre la validité des conditions prohibitives du mariage. Favard de Langlade, notamment, allègue que les lois romaines et les dispositions de notre ancienne jurisprudence étant abrogées, il n'y a lieu d'en faire revivre ni le texte ni l'esprit et que, dès lors, la condition de célibat, n'étant pas formellement proscrite par nos lois, ne saurait être déclarée illicite ; elle ne saurait davantage être arguée d'immoralité puisque la liberté d'option reste entière pour la personne gratifiée (1).

Chardon n'a pas d'autre avis. Comme Favard, cet auteur refute l'autorité de la tradition qui s'est effondrée, pense-t-il, dans l'abrogation absolue portée par la loi de Ventôse, et il déclare qu'en thèse générale cette condition n'est contraire ni

(1) Favard de Langlade, *eod. loc. supr. cit.*

aux lois ni aux bonnes mœurs : « Il est difficile de penser qu'un testateur emploie jamais cette condition dans une intention hostile. Il peut arriver qu'un père, ayant un enfant délicat ou difforme, et craignant pour lui les suites du mariage lui laisse pour le dédommager par plus d'aisance, tout ou partie de la portion disponible, et qu'en même temps il déclare que si, contre son consentement, il se marie, il veut que l'égalité règne entre ses enfants. Qui refusera d'applaudir à une aussi sage disposition ? »

Nous, peut-être, après tant d'autres. Car, en toute sincérité, il nous est difficile de comprendre comment une condamnation à garder le célibat peut redresser les vices d'une constitution physique, tandis que le mariage achèverait de la ruiner. Ou bien c'est voir dans le célibat un moyen d'éducation et de perfectionnement physiques que nul encore n'a découvert, ou bien. ce qui ne vaut pas mieux, c'est réduire le mariage à une institution d'ordre inférieur en ne voyant en lui qu'un moyen d'assouvissement régulier et épuisant de nos passions. L'exemple si péniblement trouvé a une bien mince valeur didactique, et malgré la haute estime que professe pour lui son auteur, nous avouons que la pratique nous offrira bien rarement l'occasion de voir valider « une aussi sage disposition ». N'est-ce pas un peu avec ce sentiment que Chardon ajoute : « Toutefois, s'il apparaissait que cette condition n'a été conçue par le testateur que pour porter son légataire à méconnaître un devoir, elle devrait être déclarée illicite, non parce qu'elle contiendrait prohibition du mariage, mais parce qu'elle tendrait directement à une mauvaise action » (1). Voilà qui a au moins le mérite d'être catégorique. Une condition qui contient la prohibition du mariage n'est pas une condition illicite, entendons aussi, dans l'esprit de l'auteur, qu'elle n'est pas immorale. Il n'y en a pas d'autres, croyons-nous, qui aient émis une assertion aussi radicale.

De nombreux auteurs, en effet, croient plus juste de chercher dans une interprétation moins rigoureuse la solution dési-

(1) Chardon, Dol et Fraude, t. III, n° 597 et suiv.

rée. Chacun d'eux s'étant fait l'avocat d'une raison particulière, nous aurons en écoutant les choryphées de la doctrine, entendu les voix autorisées dont la Jurisprudence s'est fait l'écho, et, par ce moyen, abrégé l'étude de celle-ci.

Parmi ces auteurs, Troplong soutient que la nullité de la condition de célibat ne doit pas être considérée comme absolue et que certaines circonstances peuvent l'effacer. Le motif qu'il invoque est d'ailleurs essentiellement critiquable et contingent. La condition absolue de ne pas se marier était frappée de nullité par la loi romaine comme étant contraire à l'ordre public : « Le Droit romain, dit-il, avait en l'érigeant (cette « nullité) un motif politique qui n'existe plus aujourd'hui. Il « avait à lutter contre la dépopulation qui avait suivi les « guerres civiles, contre le goût exagéré du célibat, dont Rome « était infectée. Il fallait prêter secours aux réformes intro- « duites par les politiques du temps pour exciter au mariage. « Un système tout entier de régénération sociale et d'économie « politique proscrivait tout ce qui, de près ou de loin, pouvait « éloigner le mariage ; la condition « *si non nupserit* » ne « devait pas échapper à ses rigueurs. Grâce au ciel, nos mœurs « sont bien différentes. *Nous ne nous plaignons plus du vide* « *de la population* ; nous n'avons pas à déplorer le mépris « systématique du mariage. Cette union tient dans la vie le « rang qui lui appartient. C'est là une grande raison pour ne « pas se montrer trop ombrageux sur les conditions relatives « au célibat ? Le Code ne s'en occupe pas d'une manière spé- « ciale, comme l'avaient fait trop légèrement les lois de 1791 « et de l'An II, aujourd'hui abrogées. Il s'en rapporte à la « conscience du juge pour se tenir dans la limite de nos « mœurs et de nos idées » (1).

Taulier a développé un autre argument ; partisan, en principe, de la nullité des conditions prohibitives, notamment de la condition de célibat, il déclare cependant que lorsque la

---

(1) Troplong, *Des Donations entre vifs et des Testaments*, t. I, chap. I art. 900.

personne à qui la condition est imposée a passé un certain âge, la condition devient licite. Quel est cet âge ? La nullité est levée, dit l'auteur, quand la condition de célibat concerne les personnes « qui ont atteint l'époque de la vie où la société et la nature n'invitent plus au mariage » (1).

Massé et Vergé ont défendu une idée subtile et de réalisation rare. Toutes les fois que la condition de ne pas se marier, loin d'être imposée dans le dessein d'attenter à la liberté du gratifié, n'a d'autre but que de lui procurer des ressources nécessaires à la satisfaction de besoins qu'un mariage fera cesser, la condition n'est pas nulle (2). D'autres auteurs, Troplong encore, prétendent que la nullité de la condition prohibitive est effacée quand la personne gratifiée trouve à son accomplissement un intérêt certain : « Toutes les fois que la condition s'explique par un intérêt du légataire ou par une prévoyance légitime du testateur, il n'est pas permis de la fouler aux pieds » (3).

Or, l'intérêt du bénéficiaire c'est évidemment qu'il jouisse avec le plus de satisfaction possible de la libéralité qui lui est faite : en ce sens on devra valider la condition de célibat qui s'expliquerait par le désir de soustraire la légataire aux entreprises d'un spéculateur qui, pour lui donner son nom, lui prendrait volontiers sa bourse.

Il conviendra donc de rechercher avec soin cet intérêt ; ce sera l'œuvre du juge qui décidera après examen si la condition imposée doit ou ne doit pas être validée. C'est sur quoi Marcadé, que nous avons cité plus haut, s'appuie pour dire que les conditions relatives à la liberté du mariage ne peuvent être déclarées valables ou illicites que lorsque le juge a pu apprécier les circonstances spéciales à chaque affaire. La condition de célibat sera rejetée s'il résulte de cet examen que le testateur a voulu « influencer » le légataire ; « mais il devra en

(1) Taulier, *Théorie du Code civil*, t. IV, p. 322. — Demolombe, tout en proclamant le principe de la nullité de la condition de ne pas se marier, se rallie cependant à l'avis émis par Taulier. — Demolombe, *eod. loc. supr. cit.*, n° 240.

(2) Masse et Verge sur Zachariae, t. III, p. 178, note 8.

(3) Troplong, *eod. loc. supr. cit.*, n° 238.

être autrement si le testateur a seulement disposé pour assurer au légataire les ressources que le célibat ne lui aurait pas données. »

On voit dès lors combien cette importante fraction de la doctrine, soit qu'elle ait inspiré les décisions de la Jurisprudence, soit bien plutôt qu'elle ait tenté, a posteriori, de leur donner un fondement dogmatique, s'est écartée de l'opinion dominante consacrée par le droit romain et par notre Jurisprudence ancienne.

Dans ces conditions il n'y a pas lieu de s'étonner que la Jurisprudence qui n'est pas liée comme la doctrine par l'unique souci de la loi abstraite, qui, plus qu'elle, est sensible aux choses et, plus qu'elle, sollicitée par l'influence des faits, ait, peu à peu, développé encore le sens libéral qui a gagné nos auteurs, et qu'elle ait sous le poids des exceptions, étouffé la règle traditionnelle. En effet, tout en admettant jusqu'en 1912 le principe de la nullité des clauses de célibat, la Jurisprudence se montrait si rigoureuse pour déclarer immorales les raisons, qui l'avaient dictée au disposant, qu'en fait on annulait très peu de conditions.

Déjà un arrêt rendu par la Cour de Liège le 8 janvier 1806 (1) décidait que n'était pas nulle comme contraire à la liberté du mariage la condition, par laquelle un père lègue en parts égales à ses enfants une rente, à condition qu'ils ne se marieraient pas, à charge par le contrevenant de partager sa part avec ses frères. Le fondement de cette décision c'est que la condition de célibat, n'ayant ici qu'un but pécuniaire, suivant le sens de la doctrine enseignée par Massé et Vergé, ne doit pas être rejetée.

La Cour de La Haye, le 28 février 1816, a déclaré, conformément à l'opinion qui sera plus tard celle de Taulier et de Demolombe, que « le Code civil ne déterminant pas quelles sont les conditions contraires aux mœurs, ce caractère dépend, dans chaque espèce, de la nature et des circonstances de la cause... que, si dans certains cas, une condition comme celle

(1) Cour de Liège, 8 janvier 1906, S. t. II, 2-104.

en question peut être contraire aux bonnes mœurs, il n'en saurait être ainsi dans l'espèce, surtout eu égard à l'âge de l'appelante (56 ans) » (1).

La Cour de Caen a jugé par un arrêt du 16 mars 1875 que la condition de célibat n'était pas toujours nulle ; qu'il appartient aux juges de décider d'après les circonstances s'il y a lieu de l'annuler ou non et cette condition doit être maintenue si, au lieu d'avoir été dictée au testateur par un calcul mauvais, elle lui a été inspirée par un sentiment honnête et par l'intérêt légitime du légataire » (2).

Pareillement la Cour de Cassation confirmant, le 16 décembre 1913, un arrêt de la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, rendu le 15 février 1911, a déclaré licite la condition de ne pas se marier lorsque « eu égard aux circonstances, le juge reconnaît qu'elle a été inspirée au testateur, non pas par le désir de contrarier le vœu de la loi, ou de faire échec à l'ordre social, mais soit dans le but d'assurer l'avenir des enfants issus du mariage, soit dans l'intérêt du légataire lui-même, et pour le protéger contre les entraînements auxquels pourrait l'exposer sa faiblesse ». A remarquer que les termes dans lesquels s'exprime la Cour de Cassation diffèrent un peu de ceux qu'elle avait jusqu'à ce jour employés, et l'on y sent l'effort qu'elle a fait pour reproduire dans un langage nouveau une décision qui devrait cependant changer (3).

---

(1) La Haye 1816.

(2) C. de Caen, 16 mars 1875, S. 1875-2-143. La Cour de Cassation a jugé dans le même sens le 31 juin 1875. — Cassat. 31 juin 1875, S. 2-169. Voyez encore Arrêt Cassat., requêtes, 8 avril 1913, D. 1914-1-191 qui, en déclarant qu'une donation de rente viagère avec condition de célibat était illicite à raison de son mode de paiement, a implicitement reconnu que cette condition n'était pas illicite en soi et qu'elle l'était dans l'espèce jugée seulement à cause des motifs prétendus répréhensibles qui l'avait inspirée. M. Naquet qui fait suivre l'arrêt d'une note intéressante déclare que ce n'est pas à raison du mode de paiement incriminé que la Cour aurait du prononcer la nullité, mais à raison de la condition de célibat, condition immorale et réputée non écrite (application extensive de la théorie de la cause illicite, art. 1172, C. civil.

(3) Cet arrêt assimile sur les conclusions du conseiller Lardenois les conditions de célibat et de viduité.

Mais la décision type en cette matière est un arrêt de la Cour de Paris du 1er avril 1862 (1).

Cet arrêt n'a pas fondé la Jurisprudence comme on est tenté quelquefois de le dire. Nous venons de voir, en effet, que celle-ci s'était affirmée d'une manière non équivoque par un certain nombre de décisions antérieures ; mais l'arrêt de la Cour de Paris a, du moins, le mérie d'avoir nettement posé le problème et, à l'occasion d'une question d'espèce, formulé une règle d'intérêt général.

La condition de ne pas se marier n'est pas *a priori* une condition contraire aux bonnes mœurs. Il appartient aux juges d'apprécier selon les circonstances de la cause si la condition doit être rejetée ou s'imposer à l'observation du bénéficiaire à peine de déchéance de la libéralité. Il est important de rappeler ici les attendus sur lesquels la Cour a fait reposer son arrêt. « Considérant que le Code civil a laissé aux juges le soin d'apprécier le caractère des dispositions dont l'annulation est demandée... » La Cour de Paris rappelle au moins implicitement l'opinion dominante suivante laquelle, les lois intermédiaires étant abrogées avec toutes les dispositions antérieures, il appartient aux juges, de déterminer, sans autre secours que celui de leur conscience, les cas et les conditions d'application de l'art. 900 du Code civil. C'est pourquoi la Cour déclare que « la clause par laquelle il est interdit au légataire de se marier n'est pas nulle par elle-même car elle ne contient rien d'essentiellement contraire aux lois et aux bonnes mœurs ».

Nous avons dit déjà, et nous établirons plus loin encore, que cette assertion ne nous paraît pas fondée. Le raisonnement qui consiste à dire que la clause de célibat n'est pas nulle parce qu'elle ne contient rien d'essentiellement illicite ou immoral, constitue une pétition de principe. Il s'agit précisément de démontrer qu'il n'est pas de l'essence de la condition de célibat de heurter la morale ou l'ordre public. Toute la question est là. Est-ce par accident que la condition de célibat peut être contraire à la loi, ou bien cette immoralité est-elle inhérente à

(1) C. de Paris, 1er avril 1862, S. 1862-2-145 et suiv.

sa nature, est-elle de l'essence de cette condition ? Accident, dit la Cour de Paris ; c'est seulement quand « elle a été dictée au testateur par un calcul mauvais ou par un acte purement arbitraire de sa volonté » que cette condition sera rejetée.

Nous ne partageons pas cet avis, et le moment est venu pour nous, après avoir dit les raisons qui justifient la nullité des conditions de non mariage, de faire justice des objections élevées contre cette thèse par une partie de la doctrine et sanctionnées par la jurisprudence.

Et d'abord, dit-on, le célibat n'est pas un délit ; la condition de célibat n'est donc pas illicite.

Rien n'est plus vrai, et nous ne prétendons pas nier l'évidence. Il n'y a pas dans toutes nos lois un texte qui, expressément ou implicitement, réfute cette assertion (1) ; et sans vouloir reprendre à notre compte l'accusation portée bien des fois contre notre législateur, peu soucieux d'améliorer la situation du chargé de famille, nous devons loyalement reconnaître que l'avantage va trop souvent au célibataire qui, n'étant pas atteint par les charges privées ne supporte pas plus qu'un autre le poids des charges publiques (2). Mais cette situation, contrepied du droit romain classique, ne va pas sans faire bien des mécontents, et de tous côtés des plaintes légitimes s'élèvent.

---

(1) Il n'en a pas toujours été ainsi. Au début de Rome la religion regardait comme une chose impie le célibat qui interrompt l'entretien des *sacra privata* et la continuité de la famille.

Le législateur n'a pas été plus favorable au célibat. Denys d'Halicarnasse affirme qu'une ancienne loi romaine condamnait le célibat et faisait aux jeunes gens l'obligation de se marier (Denys d'Halicarnasse, IX, 22) « *Coelibes esse prohibento* » dit Cicéron, commentateur officieux de la loi (*De legibus*, III, 2). Et l'on prête à l'Epitome d'un livre perdu de Tite Live cette déclaration suggestive : « *Mettelus censor censuit et omnes cogerentur ducere uxores, liberorum creandorum causa* ». Tite Live, XLIX.

Enfin plus tard Auguste, renforçant les mesures déjà prises par César, porte les lois caducaires « *incitandis coelibum poenis et augendo aerario* » (Tacite Annales III, n° 25.)

(2) Toutefois il est inexact de dire que notre législateur, même une seule fois, ait voulu manifestement encourager le célibat. La loi du 10 mars 1818 ne constitue pas, comme on l'a représenté, une prime donnée au non mariage ; c'est une loi de circonstance destinée à faciliter le recrutement des pasteurs dans les communes où ils manquaient en grand nombre.

C'est dans l'opinion publique et unanime que les mœurs d'un pays trouvent leur régulateur. D'ailleurs, la guerre et l'inévitable cortège de devoirs sociaux, qu'elle entraîne après elle, a donné au problème une physionomie nouvelle. Le temps est très proche, s'il n'est venu déjà, où la voix qui monte de la masse sera entendue du législateur et où le père de famille conquerra dans la nation la place que lui assigne la reconnaissance nationale. Ne faut-il pas voir un des premiers effets de cette tendance dans les secours matériels et dans l'attribution de primes et allocations qui leur sont consenties ? Quoi qu'il en soit, bien que le célibat ne soit contraire encore ni à la lettre ni à l'esprit de la loi, c'est un truisme de dire qu'il est dans l'opinion l'objet d'une réprobation certaine, bientôt triomphante des dernières hésitations de ceux que notre grande guerre n'a pas suffisamment convaincus de la nécessité d'armer la patrie par le moyen de l'arme la plus naturelle et la meilleure qui soit, le nombre de ses soldats. Le célibat n'est encore un délit qu'en équité ; le patriotisme et le devoir social en feront demain un délit juridique.

De cet argument il convient de rapprocher celui que nous avons trouvé chez Troplong, relatif à la surpopulation. Qui, aujourd'hui, après les sanglantes hécatombes dont nous avons payé notre victoire, songerait sérieusement à tirer du discrédit où elle est pour longtemps tombée l'optimiste assertion de l'auteur ? Ce qui constituait aux yeux de Troplong une raison supérieure en faveur de la validité des conditions prohibitives du mariage n'était d'ailleurs, pas même à son époque, une vérité démontrée. Les statistiques nous apprennent qu'au contraire, depuis le début du dernier siècle, la natalité n'a cessé de décroître ; seule, par accident l'année 1872 a vu une légère augmentation du nombre des naissances. En même temps décroît le nombre des mariages Or, le plein de la population dont se réjouissait Troplong n'est le produit ni de la guerre, ni du libertinage, ni de la raréfaction des mariages, et la satisfaction trop hâtive qu'exprimait le magistrat de 1872 est loin d'avoir été justifiée par l'histoire.

Mais voici qui paraît plus sérieux. L'âge de la personne gra-

tifiée, ont dit souvent la Jurisprudence et la doctrine, peut être considéré dans bien des cas comme une raison suffisante pour rendre à la condition de célibat son caractère obligatoire et son plein pouvoir. C'est affubler la loi d'un sens inférieur et matérialiste qui ne lui convient pas. Certes, le mariage a pour effet sinon certain, du moins toujours désirable la multiplication de l'espèce, la procréation des enfants ; comme l'a dit le substitut du Procureur général, Sapey, dans des conclusions remarquables, bien qu'elles n'aient pas triomphé des résistances de la Cour de Cassation. « C'en est surtout le bonheur et la terrestre bénédiction ; mais cet espoir d'une famille à venir, ce vœu que le ciel n'exauce pas toujours n'en est pas le seul but ni l'objet unique ».

Le mariage, en effet, est une institution à plusieurs fins. Nous avons dit plus haut que c'était avant tout une société, « *consortium totius vitae* » (1).

Pothier voyait dans le mariage un contrat engendrant des obligations réciproques de vivre ensemble, une union des esprits et des volontés. On a critiqué cette définition trop spiritualiste ; elle n'en est pas moins celle de nombreux auteurs, et l'une des plus fidèles. L'homme et la femme en se mariant, s'ils songent à ceux qui viendront éventuellement, songent aussi et d'abord à eux-mêmes ; le mariage est un complément naturel, nous dirions volontiers nécessaire, de la personnalité humaine. Aussi la vérité serait-elle, selon nous, dans une interprétation moyenne, qui restituerait au mariage son caractère complexe et son but multiple. Dans cette opinion, pas plus d'ailleurs que dans celle de Pothier, l'âge, au-dessus de l'âge légal, n'est un facteur inhibitif du mariage. « Mieux vaut tard que jamais » dit la sagesse populaire. Pourquoi pas ici ? La loi a fixé l'âge minimum au-dessous duquel les époux ne peuvent descendre pour contracter mariage ; nulle part elle n'a posé le principe que l'âge quelque avancé qu'il soit, puisse être un obstacle au mariage. Cette prohibition est si peu dans l'esprit

(1) Modestin définissait le mariage : « *Nuptiae sunt conjunctio maritis et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio* ». Modestin, D. 23, 2, De rit. nupt. I.

du législateur que, rompant avec l'ancienne tradition, il a consacré la validité des mariages *in extremis* et permis « aux portes même du tombeau ce lien sacré qui semble se briser dans cette vie pour se renouer dans l'autre ! » (Sapey). Prétendre que l'âge est une considération suffisante ou simplement de nature à valider une clause qui, en d'autres cas, serait réputée non écrite, n'est-ce pas, ainsi que nous l'avons dit déjà, ajouter une condition aux conditions que la loi a expressément mises à la validité du mariage ? On allèguera que désormais des manœuvres cupides, des spéculations honteuses pourront s'épanouir en toute liberté sous la protection et sous le bienfait de la loi ; nous répondrons que nous seulement ces craintes sont exagérées — car après tout celui qui veut se marier, malgré son grand âge, n'est pas si vieux qu'on le croit ! — mais encore, que les mêmes raisons s'opposaient à la validité des mariages *in extremis* et que le législateur, après avoir pesé les avantages et les inconvénients de l'institution a cru préférable de la créer, affirmant ainsi que son œuvre se proposait d'autres buts que ceux dont par accident une loi peut favoriser la réalisation bien qu'elle ne soit pas conçue pour cette fin.

Nous repoussons donc cette objection.

Que faut-il entendre et que faut-il penser de l'intérêt du légataire ? Ça été la thèse soutenue par de nombreux auteurs et très souvent sanctionnée par la Jurisprudence que la condition de célibat affectant une libéralité, lorsqu'elle avait été apposée dans l'intérêt du bénéficiaire, sans calcul mauvais ou dessein malhonnête du donateur, était licite et que son accomplissement s'imposait au gratifié, à peine de déchéance de la libéralité.

Cette opinion ne nous paraît pas fondée. Malgré cet intérêt la condition de célibat reste illicite et contraire aux mœurs. L'intérêt n'est pas un motif suffisant pour valider ce qui n'a pas d'existence juridique, puisque nous avons dit que les conditions prohibitives dérogeaient aux lois d'ordre public. Est-ce en effet, dans l'intérêt du légataire, que nous irons chercher la raison juridique capable de dénaturer une condition qui, de nulle qu'elle était, — la Jurisprudence elle-même en con-

vient — va devenir licite, parce qu'une des parties en présence y doit trouver un profit ? Qui donc nous autorise à faire de l'application d'un principe de droit la condition qu'elle bénéficiera à l'un des contractant ? Que si l'intérêt sert à justifier l'inobservation de la loi, il y aura toujours dans une situation juridique quelconque un moyen de se soustraire à la sanction légale. Non ! « l'intérêt du légataire ne saurait être cherché là où il n'est pas permis de le trouver, dans la violation flagrante d'un droit naturel et d'une loi morale. »

Fût-on d'accord, d'ailleurs, pour admettre le pouvoir régénérateur de cet intérêt, que la difficulté ne serait pas levée. Comment apprécier, en effet, cet intérêt ? Comment le juge parviendra-t-il à démeler dans les replis du cœur, parmi les « secrets qui n'ont pour témoin que la conscience et Dieu pour confident » la raison véritable et sûre qui a présidé à l'injonction de la clause et la satisfaction que cette clause doit apporter au légataire ? Car les deux conditions sont cumulatives ; intérêt du légataire, loyauté du testateur, doivent se trouver réunis. Nous demandons de connaître les moyens dont le tribunal disposera pour discerner avec exactitude les causes légitimes, qui, malgré la condition prohibitive, malgré l'appât de la libéralité, poussent la personne gratifiée au mariage. Mais n'interrogeons pas plus longtemps. Dutruc s'est chargé de répondre. « Si l'âge avancé du légataire joint à d'autres circonstances de caractère, d'habitudes, de position donne au testateur la crainte sérieuse que le mariage ne fasse perdre à ce légataire, victime facile de honteuses spéculations, le bonheur qu'il a voulu lui assurer par ses libéralités, comment ne serait-il pas encore permis de lui imposer la condition de ne pas se marier ? » (1). Le voilà bien l'examen auquel le juge est convié ! C'est toute la condition sociale, physique et psychique du légataire, et par surcroît celle du testateur, antécédents, habitudes, relations, que sais-je encore, qu'il faut passer en revue ? Quel juge le pourra ? Evidemment aucun ; parce qu'à aucun n'appartient

(1) Note sous arrêt de la Cour de Paris du 1er avril 1862, S 1862-2-145.

le soin de savoir où l'intérêt du légataire l'inclinait, si c'est vers le célibat malgré ses penchants naturels, si c'est vers la libéralité malgré son goût du mariage. C'est au légataire lui-même, et à lui seul, de reconnaître entre les différents partis qui s'offrent à lui celui qui convient le mieux à son intérêt. Le Tribunal ne pouvant, en fait, s'astreindre à l'examen minutieux et long que lui confie aujourd'hui la Jurisprudence, ne se décide que par des considérations générales, par conséquent insuffisantes ; pratique vicieuse qui amène à penser une fois encore que le trop vite jugé est le trop mal jugé.

Ainsi ce n'est ni l'âge du légataire ni son intérêt prétendu, ni la loyauté du testateur, ni les suggestions tirées de l'idée de surpopulation et du caractère non délictuel du célibat, qui nous feront admettre la validité de la première condition prohibitive du mariage. Nous sommes alors reconduits, après avoir refuté les arguments que nous apposaient la Jurisprudence et une fraction notoire de la doctrine, à adopter l'interprétation traditionnelle des dispositions qui ont passé dans l'art. 900. Le mariage doit être libre et affranchi de toute contrainte autre que celle que la loi a cru indispensable d'y apporter pour donner à sa célébration, à son existence, à sa durée, à sa preuve l'autorité dont a besoin cette institution. Toute condition qui a pour effet d'empêcher le mariage est illicite, contraire aux mœurs et doit être réputée non écrite dans les dispositions à titre gratuit (1).

Section II

Condition de ne pas se remarier.

Plus fréquente encore que la condition de célibat, la plus usitée peut-être de toutes les conditions relatives à la liberté du mariage, la condition de ne pas se remarier est celle qu'un

(1) La difficulté a été résolue d'une manière plus sage, parce qu'expressément par plusieurs législations étrangères. Voir notamment le Code Sarde qui, dans son art. 822, dispose que toute condition qui empêcherait quelqu'un de se marier ou de se remarier est contraire à la loi.

époux impose au survivant comme condition d'une libéralité qu'il lui adresse, donation ou legs (1).

Paul, lègue ou donne à Julie, sa femme, une somme de 100.000 francs à condition que celle-ci ne se remarie pas. C'est la condition de viduité. Il n'y a pas d'expression particulière pour désigner la condition de non remariage imposée par la femme au mari survivant. La première forme est la plus connue (2) ; nous verrons, en effet, que c'est un préjugé séculaire qui a influé sur les décisions de la Jurisprudence et sur l'interprétation doctrinale : or, ce préjugé s'est fondé dans le sens que la femme qui se remariait faisait injure à la mémoire du défunt ; l'opinion publique a été plus favorable, sans raison appréciable, au convol du mari (3).

Aussi, dès les derniers temps de l'empire romain, Constantin et après lui Justinien avaient-ils fini par admettre, d'accord avec l'idée religieuse, la validité des conditions de non remariage. Notre ancien Droit consacra partout en France les dispositions de la loi romaine.

La Révolution française libérale et païenne bouleversa notre législation mais son œuvre ne vécut pas. Devons-nous en induire que la législation contemporaine marque le retour aux conceptions de l'Ancienne France, issues du droit de Justinien ? La condition de ne pas se remarier est-elle licite ?

Contre la négative on a fait valoir de nombreuses raisons ; il faut même que ces raisons soient très fortes pour que bien des auteurs, qui se refusent à admettre la validité des conditions de célibat, considèrent comme valable la condition de ne pas se remarier. Nous allons les passer en revue.

---

(1) C'est généralement sous cet aspect que se présente la condition de non remariage. On peut cependant concevoir le cas où cette condition serait imposée par un tiers à l'époux survivant. Ce n'est pas sous cette face que nous étudierons le problème qui se pose ici à notre attention, cette dernière condition ne différant pas sensiblement de la condition de ne pas se marier.

(2) C'est pour cette raison qu'il nous arrivera souvent d'appeler condition de viduité la condition de ne pas se remarier générale.

(3) Les femmes et le féminisme ne voient pas là un des moindres sujets de plainte.

1) Le premier argument est tiré de l'histoire et nous en connaissons déjà la portée. Après avoir encouragé par tous les moyens le mariage et le remariage, le législateur romain de la dernière époque en vint à sanctionner le mérite du célibat et de la viduité. Furgole, Ricard et Pothier (1) nous enseignent que les dispositions de la Novelle 22, Ch. 44 passèrent plus tard dans la Jurisprudence de l'Ancienne France.

Quant à l'œuvre révolutionnaire des lois de 1791 et de l'An II, elle n'eut pas de durée, la loi de Ventôse An XII ne tardant pas à la démolir. Comment, dès lors, se refuser à reconnaître dans cette abrogation le désir manifesté par le législateur de faire revivre et de perpétuer la légalité de la clause de non remariage, un moment seulement suspendue dans les ténèbres d'une période anarchique ? Ce respect pour la tradition est commandé d'ailleurs par bien des raisons dans lesquelles, il faut voir autant de justifications de la règle romaine.

2) La condition de non remariage est valable parce que le Christianisme était et reste encore défavorable aux remariages. C'était, en effet, le sentiment des Pères de l'Eglise, les secondes noces étaient réprouvées par eux, et Laurent nous rapporte dans son Etude sur le Christianisme, qu'ils allaient jusqu'à comparer à des « porcs » ceux qui passaient à une troisième union. Dans leur chimérique espoir de ramener à Dieu, à son culte exclusif tous les hommes, les premiers ministres de ce Dieu jaloux avaient répandu à travers le monde leurs conceptions idylliques de la « perfection ». « Des sectes de philosophie, dit Montesquieu, avaient déjà introduit dans l'empire (romain) un esprit d'éloignement des affaires. De là une idée de perfection attachée à tout ce qui mène à une vie spéculative, de là, l'éloignement pour les soins et les embarras d'une famille. La religion chrétienne, venant après la philosophie, fixa, pour ainsi dire, des idées que celle-ci n'avait fait que préparer. Le

(1) Voir *supra*, condition de ne pas se remarier en droit romain et dans le droit français ancien.

Christianisme donna son caractère à la Jurisprudence : car l'empire a toujours du rapport avec le sacerdoce » (1). Cette influence et ses effets ont été remarquablement mis en lumière par Chabrit, dans son livre sur la Monarchie française : « Comme des vues d'intérêt politique avaient fait flétrir le célibat, des vues religieuses firent honorer la continence ; et, parce qu'on cherchait alors sérieusement la perfection, il ne résulta aucun inconvénient sensible de la loi de continence : la religion avait détruit des passions que le célibat, sans la religion, entretient parmi les hommes » (2). C'est dans ces idées de spiritualité et de perfection qu'il faut aller chercher, assure-t-on, l'origine de la déconsidération dont étaient frappés dans notre ancienne France les seconds mariages. Et qu'on ne dise point que ce discrédit n'a pas survécu à l'œuvre révolutionnaire, que le Code Napoléon n'a pas été enfanté sous l'influence persistante du Christianisme ! Cela, tout le monde en convient. C'est au même moule qu'ont été coulés la législation du dernier siècle de Rome, la jurisprudence de la France ancienne et le Code civil de 1804, à peine postérieur au Concordat de 1801, acte dans lequel il convient de voir, non pas un recul de la pensée chrétienne et de son influence, mais bien plutôt une alliance avantageuse de l'Empire avec la Papauté.

3) « Un mari n'a-t-il pas un intérêt d'affection à ce que sa femme reste veuve ? Une femme ne peut-elle pas avoir le même motif pour que son mari ne convole pas ? » (3). Troplong énonce ainsi un des arguments qui tiennent le plus au cœur aux partisans de la validité de la condition de non remariage. C'est la raison sentimentale, peut-on dire, et l'histoire en rapporte maints exemples. Il n'y en a pas de plus topique que l'exclamation de Proudhon retrouvée dans la correspondance de l'économiste et lue par l'avocat général Desjardins dans ses conclusions devant la Chambre civile de la Cour de Cassation

(1) Montesquieu, *Esprit des Lois*, livre XXIII, chap. XXI.

(2) Chabrit, *La Monarchie française*, livre I, chap. XVII.

(3) Troplong, *Donat. entre vifs et Test.*, t. I, n° 248.

le 22 décembre 1896 : « Si je pouvais après ma mort apprendre que ma veuve a convolé en secondes noces je me relèverais de ma tombe comme le fantôme de la légende, pour venir punir l'infidèle ! » (1).

Delombe dit encore : « Que la condition de garder viduité puisse être imposée dans tous les cas par l'époux prémourant a l'époux survivant, cela nous paraît certain, et non seulement par le mari à sa femme, mais encore par la femme à son mari. Chacun sent en son âme, les légitimes motifs de tendresse et de susceptibilité qui peuvent dicter une telle condition au prémourant » (2). Quoi de plus noble, en effet, que ce sentiment ! souvenir qui nous élève au-dessus des faiblesses de la chair, fidélité qui prolonge au delà de la tombe le devoir accepté, et qui décore l'institution même du mariage de la solennité des choses éternelles ! Ceux-là même qui plaident la légitimité des seconds mariages ne font-ils pas effort pour faire taire en eux leurs répugnances révoltées contre la perspective d'une couche prostituée, avec le secours de la loi imparfaite ?

4) D'ailleurs si les secondes noces sont peu profitables aux epoux, le soin que nous devons avoir de l'avenir des enfants ne nous permet pas de les encourager. Les enfants ! C'est un fait d'expérience malheureusement trop fréquent que le bonheur des enfants est sacrifié à la satisfaction égoïste et éphémère des passions des parents qui se remarient. Comment admettre et faire admettre que les enfants nés d'un premier lit trouveront auprès de leur belle-mère ou de leur beau-père le même sort que les enfants communs ? Fûssent-ils moins mauvais que ne les représente l'opinion, des beaux-parents ne sauraient être regardés *a priori* comme ayant à l'égard des enfants qui ne sont pas communs la même affection attentive et dévouée. Que si, contre tout préjugé et contre toute apparence, l'égalité parfaite existait entre tous les enfants, il res-

(1) Proudhon, *Correspondance, lettre du 30 décembre* 1863.

(2) Demolombe, *Cours de Droit civil, Donat. entre vifs et Test.*, livre III, titre II, n° 250.

terait encore, aux enfants du premier lit, à se défendre contre le préjugé lui-même, capable de les rendre injustes à leur tour. En sorte que ces mêmes enfants peuvent, suivant les milieux et les classes, être, sans qu'il vaille mieux, des victimes innocentes ou des accusateurs mal informés.

5) D'un autre côté, l'intérêt du légataire, quand c'est le but qu'a poursuivi le testateur, n'est-il pas suffisant à justifier la validité de la condition de ne pas se remarier ? Les motifs les plus divers peuvent être allégués, raisons pécuniaires et raisons morales, les plus sérieuses raisons peuvent rendre acceptable la subordination posthume imposée à l'époux survivant. S'il s'agit de la condition de viduité, *stricto sensu*, ce peut être un mari qui, eu égard à la légèreté de sa femme l'a voulu mettre en garde contre les dangers qui l'attendent au seuil de son veuvage, et l'on peut voir dans cette prohibition dont les effets se feront sentir après la mort une manifestation de la puissance maritale dans ce qu'elle a de plus moral et de plus protecteur. Il se peut encore que le mari ou que la femme veuillent empêcher le survivant de partager avec un nouveau conjoint la jouissance ou peut-être la propriété des biens légués qui risqueraient d'être gaspillés ; un tiers qui fasse donation à un des époux à condition qu'il ne convole pas en secondes noces, voulant bien gratifier telle personne qu'il en sait digne, non une autre personne qui pourrait l'être moins. Dans tous ces cas, pourquoi rejeter une condition inspirée des sentiments les plus avouables et qui doit se traduire en fin de compte par un profit exclusivement réservé au bénéficiaire de la libéralité ?

6) Voici maintenant une autre raison qui prévalait avant 1906. Elle est proclamée en termes expres par l'avocat général Desjardins dans les conclusions précitées : « Ce qui m'affermit dans mon opinion, dit le magistrat, c'est que notre législateur loin de favoriser les secondes noces les traite avec une certaine rigueur ». La plupart des auteurs, en effet, insistent sur le caractère de deux dispositions, au moins, du Code civil qui paraissent très défavorables aux secondes noces. C'est d'abord

l'article 386 du Code civil qui dispose que la jouissance légale cessera à l'égard de la mère dans le cas d'un second mariage. Ce n'est encore ici que la mère remariée que le législateur a déchue de ses droits ; la loi du 9 mars 1891, a voulu punir les deux époux qui convoleraient en secondes noces ! « En cas de nouveau mariage, l'usufruit du conjoint cesse s'il existe des descendants du défunt » (1). Le vœu du législateur est donc constant ; et bien que ces dispositions soient aujourd'hui abrogées, ses indications sont précises et formelles, les seconds mariages ne jouissent pas de la faveur de la loi.

7) Les partisans de la validité de la condition de non remariage ont dit encore : Ce qui fait que la Jurisprudence et la doctrine ont quelquefois refusé d'admettre la validité de la clause de célibat, c'est son caractère absolu. De même que la condition d'inaliénabilité, quand elle est absolue, est regardée comme nulle, de même quelques auteurs, et plus rarement quelques décisions judiciaires, ont pu sanctionner la nullité de la condition de ne pas se marier. Tout autre est la condition de ne pas se remarier. Même impliquant l'obligation absolue de veuvage, cette condition ne se présente pas vis-à-vis du mariage comme une prohibition totale puisqu'un mariage a déjà eu lieu. L'idée est subtile sans doute, mais elle mérite qu'on ne la foule pas aux pieds ; la condition de viduité ne peut être assimilée à la condition de non mariage, dans l'opinion qui déclare nulle celle-ci ; ce qui fait obstacle à ce rapprochement c'est le mariage qui s'est produit dans un cas, et qui n'est pas réalisé dans l'autre. Au point de vue juridique donc la situation n'est plus la même, on ne peut comparer, en effet, des choses de nature différente ; au point de vue social, Duranton justifie encore la distinction en disant qu'en règle général le convol n'est pas aussi favorable que le premier mariage : c'est pour ces raisons que la condition de non remariage doit être déclarée licite.

8) En outre, ne faut-il pas tirer argument de la constance

(1) Voir art. 767, dernier alinéa, modifié par la loi du 9 avril 1917, avant la modification apportée par la loi du 3 avril 1917.

avec laquelle la Jurisprudence s'est reproduite depuis plus d'un siècle pour affimer la validité de la condition de ne pas se remarier ? Dès le 20 mai 1807, la Cour de Bruxelles jugeait que l'époux survivant qui convolait en secondes noces perdait le bénéfice de la libéralité, reconnaissant ainsi le caractère obligatoire, partant licite, de la condition de ne pas se remarier (1).

Ainsi, à aucune époque la Jurisprudence des Cours d'Appel et surtout de la Cour de Cassation ne paraît avoir changé.

Cette immuabilité séculaire n'est-elle point l'indice le plus sûr que la vérité recherchée est atteinte et que le mieux est de la conserver telle qu'elle est aujourd'hui sans en affaiblir la portée en la remettant en discussion ?

9)Enfin, est-il juste de dédaigner le propre intérêt que le disposant peut avoir à ce que la condition qu'il appose à sa libéralité soit respectée. Ne lui est-il donc pas permis de pré-

---

(1) Bruxelles, arrêt 20 mai 1807, S. 1807-2-208. Dans le même sens : Cassat. Civile, 22 nivose An IX, J. G. au mot Dispositions entre vifs, 149, 2°. — Cassat. Civile, 20 janvier 1806, *Ibidem*, n° 147. — Cassat. Civile, 20 octobre 1807, *Ibidem*, n° 149, 2°. — Agen, 21 mai 1813, *Ibidem*, n° 155. — Lyon, arrêt de la Cour d'Appel, 18 novembre 1813, *Ibid*, n° 151. — Cassat. requêtes, 18 juillet 1822, Ibid, n° 152. — Toulouse, arrêt de la Cour d'Appel, 25 avril 1826, S. 18127-2-13. — Lyon, arrêt C. A. 22 décembre 1829, J. G. Disp. entre vifs, n° 157, n° 1. — Rouen, arrêt C. A. 16 juillet 1834, S. 1834-2-443. — Poitiers, arrêt C. A. 14 juin 1838, S. 1838-2-373, où il s'agit plus précisément de la condition de ne pas se remarier avec une personne désignée. — Limoges, arrêt C. A. 31 juillet 1839, J. B. Disp. entre vifs, 158, note 2. — Pau, arrêt C. A. 21 décembre 1844, S. 1845-2-454. — Angers, 18 février 1847, D. 1847-2-107. — Douai, 11 janvier 1848, S. 1848-2-437. — Cassation, requêtes, 8 janvier 1849, D. 1849-1-16. — Montpellier, arrêt 14 juillet 1856, S. 1859-2-305. — Douai, 19 janvier 1861, S. 1861-2-472. — Cassat. Requêtes, 18 mars 1867-2-204. — Rennes, 11 juillet 1879, D. 1879-2-69. — Nancy, 20 octobre 1879, S. 1881-2-7 et D. 1880-2-203. — Liège, 11 janvier 1883, D. 1884-261, S. 1883-4-25 avec une note de Laurent. — Bourges 20 juillet 1890, D. 189-5-119. — Caen, 24 juillet 1894, S. 1895-2-279 qui sous entend l'application de la théorie de la cause impulsive et déterminante. — Cassat. civile 22 décembre 1896, S. 1897-1-397. D. 1898-1-537 avec des conclusions intéressantes de l'avocat général Desjardins. — Cassat. 18 juin 1890, S. 1893-1-435 où la question est mélée à une application de la réoactivité de la condition résolutoire. — Rennes, arrêt 5 décembre 1899 sous Cassat. 28 février 1902, S 1902-1-165 (viduité). — Poitiers. — 21 janvier 1902, S. 1902-2-237 (non remariage, mari). — Cassat. requêtes 11 novembre 1912, D. 1913-1-105 avec un note érudite de M. Ripert.

férer sa propre famille à celle du bénéficiaire, du moins à celle que ce dernier pourrait se donner en n'accomplissant pas la condition ? Il se peut très bien que tel époux fasse à l'autre, pour le cas où il décèderait avant lui, donation de partie de ses biens parce qu'il sait, qu'au décès du survivant, les biens que celui-ci avait hérités feront retour à la famille du disposant : le disposant, qui a le droit de ne rien donner du tout, ne peut-il pas subordonner l'acquisition de sa libéralité à l'accomplissement d'une condition qui, quelle que gêne qu'elle implique, aura toujours un moindre effet que la privation toale ? Cela n'est pas douteux.

Voila donc neuf raisons, neuf bonnes raisons dit-on (1), qui militent en faveur de la validité de la condition de non remariage. Elles ont en tous cas paru suffisantes aux yeux de la Jurisprudence. Il n'y a pas lieu de s'en étonner. Si l'on se refuse à voir *a priori* dans la condition de viduité une condition illicite et contraire aux mœurs, parce que, mettant obstacle a l'exercice de la liberté naturelle, et que, au mépris de cette violation de la loi morale, on consente à entrer dans l'examen des faits de la cause, il y aura toujours des apparences qui pourront inciter le juge à croire que la liberté de tester ou de donner du disposant est restreinte et violée, si la condition imposée au bénéficiaire est annulée ; et, qu'en définitive, le bénéfice de la libéralité va à une personne à qui il n'était pas destiné. Or, rien n'est plus trompeur que les apparences ; la Jurisprudence elle-même l'a compris et a cru se mettre en garde contre les erreurs qui pourraient naître de son interprétation, en limitant par certains côtés son pouvoir discrétionnaire d'apprécier. Elle a fini, peu à peu, par décider que trois choses devraient se trouver réunies pour que la condition de ne pas se remarier soit validée (2).

La clause de non remariage est illicite quand elle est le

(1) Nous verrons plus loin, à la fin de cette étude qu'il y en a d'autres plus générales.

(2) L'évolution de la Jurisprudence est d'ailleurs curieuse. Au début, la condition de non remariage a été déclarée non illicite a priori, sa validité dépendant des circonstances ; peu à peu les exigences de la Jurisprudence se sont précisées et, en 1896, l'avocat général Desjardins

résultat d'un caprice ou d'une volonté bizarre. Elle est illicite encore quand aucun motif sérieux n'existe pour justifier l'imposition de la condition. Elle est illicite enfin quand le motif connu est un motif répréhensible (1).

Ces trois motifs, au moins le premier et le troisième, sont cumulatifs. Tout l'art de la Jurisprudence a consisté dès lors en la dénaturation progressive d'une condition qu'elle avait jugée d'abord immorale ; elle a éliminé la question de droit pour ne voir plus dans la question posée qu'une question de fait, et elle a validé en fait, dans la presque unanimité des cas, une condition illicite et contraire aux mœurs. Cette thèse, la Jurisprudence l'a consacrée avec une extrême rigueur, l'appliquant non seulement à la condition de viduité *stricto sensu*, mais à la condition de non remariage imposée par la femme au mari, par un tiers à un des époux, et même à la condition imposée par un fils à sa mère ! On voit ainsi jusqu'à quel point sa bienveillance peut favoriser le développement de cette pratique (2).

Quant à la doctrine, on peut dire, d'une manière générale, qu'elle est l'écho de la Jurisprudence, n'ayant le plus souvent émis son avis qu'après que la Jurisprudence eût fait connaître le sien, et de toute façon, inspiratrice ou reflet, n'y ayant rien ajouté et se confondant avec elle. Une analyse plus subtile des œuvres de nos auteurs nous permettrait cependant de discerner au moins quatre opinions d'importance d'ailleurs très inégale.

Un certain nombre d'auteurs déclare que la condition de non

---

opposait nettement la condition de viduité qu'il déclarait licite presque en tous les cas, et la condition de célibat en principe illicite sauf exceptions, en nombre d'ailleurs considérable. En 1912 enfin, les deux clauses étaient assimilées par la Cour de Cassat, et déclarées licites aux mêmes conditions de fait.

(1) Il convient de souligner l'esprit du système de la Jurisprudence ; elle ne dit pas dans quels cas la condition de non remariage est licite, mais bien dans quels cas elle ne l'est pas. La conséquence logique qui en découle est que la validité est la règle, la nullité, l'exception ; d'où il suit encore que, lapreuve de la nullité incombe à la partie ui soulève l'exception.

(2) Montpellier, arrêt 14 juillet 1858, D. 1859-2-107.

remariage doit être assimilée à tous les points de vue à la condition de non remariage (1), et que à plus forte raison la validité de principe en doit être proclamée. La condition serait obligatoire dans tous les cas non pas seulement quand c'est un des époux qui l'impose à l'autre, mais encore quand c'est un tiers qui l'impose à un des époux (2).

D'autres auteurs, et ils sont les plus nombreux, estiment que la condition de non remariage doit être déclarée valable ou non écrite selon les circonstances du fait. C'est cette opinion, de beaucoup la plus répandue et la plus appréciée en doctrine, que la Jurisprudence a consacrée (3).

Un troisième groupe d'auteurs, tout en admettant en principe cette manière de voir, se montrent cependant plus exigeants quant à la nature des motifs susceptibles d'entraîner la validité de cette clause. Dans cette opinion représentée avec autorité par Duranton la condition de viduité ne serait licite qu'en un seul cas, « quand elle est imposée par une personne ayant des enfants, par le conjoint ou des parents de celui-ci ; alors le motif est sensible : le donateur ne veut pas que ses biens passent dans une famille étrangère » (4). Cette thèse très restrictive se rapproche de celle que quelques autres auteurs ont soutenue, et qui rejette dans tous les cas la condition de ne pas se remarier (5), et bien que cette opinion soit défendue par le plus petit nombre nous pensons que c'est à elle que nous devons nous rallier.

---

(1) Cette asimilation a été prononcée par un arrêt de la Cour de Cassat. Requêtes du 11 novembre 1912 rapporté ci-desus.

(2) Larombière, Théorie et pratiq. des oblig. édit. 1885, sur art. 1172, n° 28, t. II, page 49. — Troplong, *eod. loc. supr. cit.*, n° 248. — Demolombe, *eod. loc. supr. cit.*, n° 250. — Gauthier de la Chapelle, *Encyclopédie du Droit*, voir au mot Condition, n° 151 et 152.

(3) Aubry et Rau, *eod. loc. supr. cit*, § 692, note 14, page 292. — Baudry-Lacantinerie et M. Colin, t. I, n° 175. — Chardon, *eod. loc. supr. cit.*, n° 600. — Coin-Delisle, *ibid.*, n° 29. — Demante et Colmet de Santerre, *ibid.*, n° 16 bis. — Grenier, *ibid.*, p. 708 et suiv. — Merlin, *ibid.*, § 5, art. 4. — Saintespes-Lescot, *ibid.*, n° 135. — Poujol, art. 900, n° 18. — Vazeille, *ibid.*, n° 5.

(4) Duranton, *eod. loc. supr. cit.*, n° 128.

(5) Pezzani, n° 135. — Taulier, t. IV, page 323. — Laurent, *eod. loc. supr. cit.*, n° 443. — Huc, *eod. loc. supr. cit.*, n° 3040. — Planiol, *eod. loc. cit.* n° 3040.

En effet, les arguments qu'on a fait valoir en faveur de la validité de la condition de non remariage ne nous paraissent pas sans réponse. L'avocat général Desjardins lui-même, bien que acquis à l'opinion que nous combattons, n'a pas manqué de reconnaître et par ce moyen d'appeler la controverse : « On peut, me dira-t-on, disserter indéfiniment dans un sens ou dans l'autre ; mais la tâche du magistrat français est de scruter les volontés du législateur français et de s'y conformer ».

Nous ne discuterions plus si sa dissertation avait convaincu tout le monde. Ce n'est pas le fait.

1°) Et d'abord l'argument historique n'a pas la valeur probante qu'on a bien voulu lui reconnaître. Il est vrai que le droit romain longtemps favorable aux seconds mariages ait fini par prendre des mesures qui les sacrifiaient, en quelque manière, à l'influence alors dominante du Christianisme. Mais le droit romain est bien loin ; il est bien insuffisant pour justifier toutes les institutions sous l'empire desquelles nous vivons aujourd'hui. Nul n'a jamais contesté par exemple les différences profondes qui séparent l'institution du mariage ou celle du divorce, telles que nous les connaissons, de celles qu'ont pratiquées les Romains. Il n'est pas moins vrai que les dispositions de la loi romaine aient plus tard fondé la jurisprudence de l'ancienne France ; mais il serait insensé de méconnaître le changement profond opéré dans notre Droit par l'esprit révolutionnaire. Si les textes de la période intermédiaire ont été abrogés, — nous le croyons, — la pensée qui les a dictés à survécu. Nous ne vivons plus aujourd'hui sous le règne des dispositions portées par le législateur de 1791 ; mais qui niera sérieusement que la Révolution française ait enfanté un esprit nouveau, dont elle était elle-même le produit, coulé au moule des conceptions plus modernes et qui sont ses plus belles conquêtes, parce que c'est sur ses erreurs, qu'elles ont été remportées ? Oui, nous croyons fermement que malgré l'abrogation formelle ou tacite des lois de 1791 et de l'An II, il faut interpréter la matière du Code qui s'y réfère, avec le secours de la pensée qui anima le législateur de cette époque. Et puisque

c'est au droit romain que les partisans de la thèse opposée empruntent leur premier argument, c'est au droit romain lui-même que nous irons, nous aussi, et avec plus de raison, chercher la justification apriorique, et l'antécédent de la nôtre. En effet, après avoir encouragé le mariage et le remariage, le droit romain à la fin de sa carrière en vint, nous l'avons dit, à en énerver par un certain nombre de mesures, le goût resté longtemps très vif. Le législateur français n'a pas suivi d'autre exemple. Le droit intermédiaire qui peut paraître lui aussi à tous les yeux comme une fin de carrière de notre ancien droit, est une réaction dirigée contre lui ; il marque un esprit nouveau du peuple français, esprit surgi au choc des grandes idées libératrices, comme la législation de Constantin et de Justinien était le produit d'une conception soudain plus étroite, enfantée par le Christianisme ; de sorte que s'il fallait uniquement chercher dans la législation romaine l'explication historique des opinions en présence, c'est bien plutôt à la nôtre qu'elle apporterait ses éclaircissements. Mais nous ne sommes pas réduits à ce procès-verbal de carence et nous pensons que toutes les autres objections soulevées contre notre thèse doivent tomber pareillement ;

2° Le Christianisme, a-t-on dit, hostile aux seconds mariages, proclamant le charme vertueux de la continence et de la perfection, a accrédité dans l'opinion populaire, la défaveur qui s'attache aux secondes noces ; et le législateur n'a pas pu rester insensible aux manifestations d'un sentiment dont il est l'interprète.

La force de cet argument a été singulièrement outrée. Les premiers chrétiens, prosélytes enflammés, comme tous les adeptes des grandes idées nouvelles, ont été conduits, par la logique même de leur théorie exaltant jusqu'à l'extase l'abnégation et le renoncement, à prêcher le célibat, bientôt à l'imposer. Mais les « parfaits » ont été vus à l'œuvre ! « A Dieu ne plaise, dit Montesquieu, que je parle ici contre le célibat qu'a pratiqué la religion. Mais qui pourrait se taire contre celui qu'a formé le libertinage ? Celui où les deux sexes se corrompant par les sentiments naturels mêmes, fuient une union qui doit

les rendre meilleurs pour vivre dans celles qui les rend toujours pires ? » (1). Les conséquences fâcheuses de cet entendement ne se sont pas fait attendre.

Montesquieu les résume d'un mot qui éclaire tout le débat. « C'est une règle tirée de la nature, que plus on diminue le nombre des mariages qui pourraient se faire, plus on corrompt ceux qui se sont faits : moins il y a de gens mariés, moins il y a de fidélité dans les mariages : comme lorsqu'il y a plus de voleurs, il y a plus de vols » (2).

Eh bien ! ne sont-ce pas là des abus que le législateur a charge aussi impérieuse de ne pas méconnaître ? L'opinion populaire ne doit pas être seulement interprétée par lui ; ses erreurs doivent être redressées, c'est l œuvre de la loi, et la loi manquerait son but qui se bornerait à sanctionner les désirs de la foule.

Non, le mariage est le substrat unique, la seule base sûre de la vertu. C'est une loi naturelle : toute contravention est une prime donnée à l'immoralité. Nous ajoutons que c'est une loi divine malgré les exagérations de la doctrine, qu'avec raison condamne Montesquieu. N'est-ce point au même Evangile que nous avons recueilli cette bonne nouvelle qui a fait le tour des nations et la prospérité des foyers : « Croissez et multipliez ! ? » Est-ce, pour cette fin, dans des liaisons obscènes et réprouvées par toutes les morales et par toutes les religions que Dieu a voulu faire descendre l'homme ? Non certes ! si nos mœurs ont, pendant de longs siècles, montré quelque répugnance à la pratique des seconds mariages, c'est qu'elles y étaient encouragées par des erreurs que le législateur n'avait pas eu l'occasion de battre en brèches, mais auxquelles l'esprit nouveau issu de la Révolution ne pouvait pas ne pas s'attaquer, et qui ont trouvé dans la loi de 1884, consacrant la légalité du divorce, et dans des dispositions postérieures, la correction différée en vain depuis près d'un siècle. Chacun, selon sa foi, peut en dis-

(1) Montesquieu, *Esprit des Lois, eod. loc. supr. cit.*

(2) Montesquieu, *ibid.*

cuter le mérite, mais, ce qui est indiscutable, c'est la tendance nouvelle de l'opinion qui est devenue la loi, et c'est ce que nous voulions démontrer ;

3° Il faudrait, dit-on encore, accorder l'examen le plus bienveillant à l'argument sentimental que nous avons entendu exprimer par Proudhon, Demolombe, Troplong et par bien d'autres auteurs. Intérêt d'affection, motifs légitimes de tendresse et de susceptibilité, fidélité posthume, ne sont-ce pas des sentiments humains compris et appréciés par tous ?

Nous ne voulons pas le nier ; mais ce qui est humain est quelquefois trop humain et nous avons le devoir de résister aux entraînements irréfléchis de notre cœur. Dans ce but nous ne saurions aussi bien dire ce qu'a dit avant nous le savant professeur Naquet dans une belle page, qu'il convient de rapporter, écrite en note sous un arrêt de la Cour de Cassation, en date du 11 novembre 1912 (1). « Certes, il est digne de respect l'époux survivant qui se refuse à une nouvelle union par souvenir de l'ancienne. Certes, un amour profond et partagé peut être unique dans la vie, et détourner d'un second mariage. Mais, si la fidélité libre procède d'un cœur élevé, ce n'est point une raison pour l'imposer, et, contrairement à M. Ripert, nous trouvons souverainement choquant, au point de vue moral, qu'elle soit achetée à prix d'argent.

Que de raisons d'ailleurs peuvent expliquer que l'époux survivant se sente délié de l'obligation de fidélité : l'amour qu'il espérait n'a pas été trouvé dans la première union ; l'époux prédécédé s'est mal conduit, ou même simplement n'avait pas le caractère, les idées, les goûts qui auraient fait naître un accord complet, une adaptation parfaite. Le premier mariage n'a duré peut-être que peu de temps et n'a pu pousser de profondes racines. Peut-être la constitution physique du survivant, encore jeune, ne lui permet-elle pas de se passer des joies de la couche nuptiale, et redouterait-il que le célibat ne l'entraînât à l'inconduite ! Et alors, le sentiment de fidélité posthume,

(1) Cassat. Requêtes, 11 novembre 1912, S. 1914-1-185.

qu'on entoure d'un espèce d'auréole morale, n'est plus qu'un sentiment d'égoïsme et de jalousie étroite aboutissant à la violation de la liberté naturelle. Cf. les considérants de l'arrêt de la Cour de Liège du 11 janvier 1883 précité.

« Laissons à la conscience ce qui est du domaine de la conscience, et à la loi ce qui est du domaine de la loi. La faculté de se remarier, tout comme la faculté de se marier, doit rester entièrement libre, et toute condition de nature à l'entraver est par cela même illicite, parce que le mariage est essentiel à notre organisme social, et que tout ce qui y touche intimement a un caractère d'ordre public accentué ».

Qu'importe si, en nous élevant contre les prétentions excessives de notre jalousie, nous entendons au fond re nos cœurs parler « une raison que la raison ne connaît pas ! » Le plus souvent, toujours peut-être, il y a dans la pensée égoïste qui dicte la clause de non remariage, plus de dépit de quitter la vie que de véritable sollicitude à l'égard du survivant. C'est notre sentiment et la consultation féconde à laquelle nous nous sommes livré, en toute sincérité, nous induit à penser que c'est celui de beaucoup de personnes. Après tout, pourquoi ne pas dire comme le poète, imprudemment cité par Troplong :

« Hé ! qu'importe au défunt descendu dans la tombe ! »

4° Voici maintenant qui serait plus grave : c'est l'objection tirée de l'intérêt et de l'avenir des enfants.

S'il était démontré que les seconds mariages ont pour inévitable effet de sacrifier les enfants du premier lit, nous les rejetterions, et nous pensons bien que le législateur l'eût fait avant nous. A *fortiori* trouverions-nous, dans ce seul fait, la justification recherchée de la validité des conditions qui y sont relatives. Mais rien n'est moins établi que la prétendue infériorité qui frappe les enfants d'un premier lit dans la nouvelle famille ; il faut ici distinguer entre la loi et le sentiment.

Que les enfants d'un premier lit soient moins bien traités par la loi que les enfants communs, c'est là une affirmation gratuite. Les dispositions protectrices de leurs intérêts matériels, l'institution de la tutelle, dans l examen desquelles nous

ne saurions entrer sans briser le cadre étroit de notre étude (1), mettent heureusement ces enfants à l'abri de l'injustice des parents. Quant à dire qu'ils recevront, dans la famille reconstituée par la fiction de la loi, un traitement plus dur que les enfants communs, nous répondons que c'est affaire de conscience de l'époux qui se marie. Celui qui sacrifie ses enfants à une passion dont il sait qu'ils seront les victimes, n'eût pas été capable de les aimer et de les défendre mieux en gardant le célibat. Mais qu'il ait au contraire la conscience de ses devoirs impérieux, qu'il soit un homme honnête, qu'il soit une bonne épouse, et les enfants ne pourront que gagner au remariage des parents. On sait, en effet, toutes les difficultés que font naître l'entretien et l'éducation des enfants quand l'un des père et mère a disparu. Un remariage peut, dans la plupart des cas, remédier à tous les embarras du veuvage et permettre aux enfants de grandir à l'abri des ennuis qui eûssent fondu sur leur jeunesse.

D'ailleurs, à supposer que les enfants d'un premier lit ne trouvent point auprès de leur beau-père ou de leur belle-mère la même sollicitude affectueuse, qui est la règle commune, il vient un âge où l'on sait — quand il le faut — soit, par ses propres mérites, conquérir au foyer sa vraie place, soit accepter son sort avec plus de philosophie.

Enfin deux considérations s'ajoutent aux précédentes. La première c'est la stérilité relative des convols. C'est un fait qui n'échappe à l'observation de personne et qu'ont mis en lumière de nombreuses statistiques que les seconds mariages sont bien moins féconds que les premiers, soit parce qu'ils se produisent entre des personnes plus avancées en âge, soit parce que, des enfants existant déjà d'un premier mariage, les époux ne veulent pas multiplier — autant qu'ils le peuvent — les charges de leur existence, soit enfin parce que les secondes noces sont bien plus souvent des « mariages de raison » et des unions d'intérêts.

(1) Voir notamment les art. 745, 922, 1496, 1527, etc. du C. civil.

Et surtout, on redoute le sort ingrat qui pourrait être réservé aux enfants d'un premier lit, et ces appréhensions paraissent à quelques auteurs suffisantes à elles seules pour valider les clauses défavorables aux remariages. A quoi nous répondrons que si nos préjugés n'étaient pas restés pendant longtemps hostiles aux secondes noces, celles-ci seraient entrées plus profondément dans nos mœurs et les imperfections que l'on note aujourd'hui eûssent trouvé dans un usage plus répandu et mieux assuré les correctifs nécessaires. Ceux-là sont donc mal venus à souligner les vices d'une institution qu'ils ont empêché de se développer librement ;

5° L'intérêt du légataire est une mauvaise raison. Qu'il s'agisse d'intérêt moral ou d'intérêt pécuniaire, comment admettre que le disposant s'érige en arbitre souverain d'une situation qu'il ne connaît que dans la mesure où le légataire a bien voulu le lui permettre ? Le disposant estime qu'en raison de sa légèreté, sa femme peut contracter un mariage mal assorti, devenir la dupe d'un fripon ou céder à un entraînement irréfléchi. Il la met en garde contre cette éventualité en la privant de la libéralité qu'il lui adresse, pour le cas où elle contreviendrait à la condition de viduité. Notons d'abord que le disposant a pu mal apprécier, sciemment ou inconsciemment, le caractère de son épouse. Il a trop de raisons de se tromper s'il a le cœur d'un Proudhon ! Saura-t-il résister aux assauts que lui livreront la jalousie et l'égoïsme pour n'écouter que sa clairvoyance et sa sollicitude ? Nous en doutons. Il est vrai, dira-t-on, que le tribunal aura la mission de juger et de redresser son erreur (1). Mais quoi ! n'est-ce pas substituer à

(1) Huc dit avec beaucoup de raison, en condamnant la clause de viduité, comme toute clause en général qui gênerait la liberté du mariage « On comprend que les tribunaux aient un certain pouvoir d'appréciation pour rechercher le véritable caractère d'un acte d'après l'intention des parties. Mais quand cette intention est constatée, les tribunaux doivent lui appliquer les règles de droit qu'elle comporte, il ne leur appartient pas de substituer leur appréciation à celle du disposant lui-même, sous prétexte d'en juger la moralité. La condition doit être prise telle qu'elle est ; elle est dans tous les cas une entrave à la liberté du mariage et elle doit être dans tous les cas réputée non écrite.

un arbitre insuffisamment renseigné un arbitre qui ne l'est plus du tout ? Quel est le meilleur appréciateur d'un intérêt, d'un parti à prendre ? N'est-ce pas celui à qui il s'offre ? La femme veuve peut être tentée de faire un excellent mariage ; elle en sera empêchée par la jalousie posthume et préjudiciable du mari ! Car s'il est vrai que la moralité d'une condition s'apprécie quant au but qu'elle se propose, le but que le disposant avait en vue pouvait être alors très moral et très sage, et un peu plus tard n'avoir d'autre effet que d'empêcher l'épouse survivante de contracter une union propice, ou de la contraindre à se priver d'une libéralité, qui précisément devait l'aider à réaliser cette union.

Est-ce ainsi que sera protégé l'intérêt du bénéficiaire ?

6° On dit que le législateur — non plus ici les mœurs — s'est montré à plus d'une occasion défavorable aux seconds mariages, et on tire de là argument pour valider les clauses de non remariage. Avant les lois des 21 février 1906 et 3 avril 1917 cette considération avait paru si grave qu'elle avait affermi l'avocat général Desjardins et avec lui, bien d'autres, dans l'opinion que nous combattons. Or, nous pensons que même antérieurement à ces lois, cette manière de voir était critiquable. L'article 386 du Code civil n'a pas toute la portée qu'on lui attribue. Remarquons d'abord que cette disposition est étrangère au père et qu'elle ne concerne que la mère survivante qui se remarie. On peut se demander pour quelle raison, si le législateur de 1804 avait voulu manifester dans cet article sa défaveur pour les secondes noces, le père eût été épargné. Les travaux préparatoires ne portent aucune trace de cette injuste rigueur ; c'est en raison de la puissance maritale exercée sur l'épouse que le législateur a cru nécessaire de priver la mère de la jouissance de biens qui eût pu être accaparée par le second mari, au grand préjudice de l'enfant, dont l'éducation n'est pas encore terminée. D'ailleurs, la jouissance légale n'est pas, par définition et en fait, un profit accordé par la loi, et l'art. 385, qui énonce les charges dont elle est grevée, justifie cette assertion : la jouissance légale est une source particulière

de revenus destinés à indemniser les parents des frais d'entretien, de nourriture et d'éducation des enfants.

Bonaparte, dont on connait l'influence sur les rédacteurs du titre V sur le mariage, était loin d'avoir pour les secondes unions le mépris qu'on croit retrouver dans le Code, et non seulement il y poussait, dans le but de conserver nombreuses et fortes ses armées, mais encore il en donna l'exemple lui-même quand il voulut donner un héritier à l'Empire. Mme de Staël ne rapporte-t-elle pas que l'Empereur lui dit un jour que la femme qu'il estimait le plus était celle qui avait le plus d'enfants ?

Quoi qu'il en soit cette disposition a disparu depuis la loi du 21 février 1906 ; ou bien le législateur a voulu effacer jusqu'à l'équivoque, ou bien il a voulu consacrer l'esprit nouveau dont nous nous recommandons ici. Quelle que soit l'interprétation qui triomphe, dans quel texte, Desjardins irait-il chercher aujourd'hui un fondement à sa doctrine ? Car ce n'est pas davantage la loi du 9 mars 1891 qui le lui fournirait. On avait bien dit au lendemain de la promulgation de ce texte que cette disposition venait en quelque sorte accentuer le mouvement de défaveur provoqué par l'art. 386. L'art. 767 modifié par la loi du 9 mars 1891 dispose qu'en cas de nouveau mariage l'usufruit du conjoint cesse s'il existe des descendants du défunt ; et on arguait de ce texte que le législateur soucieux de l'intérêt des enfants et pour en éviter le sacrifice avait édicté contre les personnes qui se remariaient une peine qui consistait dans la privation de l'usufruit légal des enfants du premier lit. L'exagération était flagrante. D'abord, pas plus ici que pour l'art. 386 ancien, les travaux préparatoires ne témoignent de la déconsidération dont d'aucuns entourent les seconds mariages. La pensée du législateur a été tout autre ; il a voulu, interprète de la volonté présumée du défunt, que les biens de celui-ci ne profitent pas à un étranger et à la famille de cet étranger (1).

D'autre part, comment dire que la loi de 1891, postérieure

(1) Sirey, *Lois Annotées de* 1891, p. 105, note 9.

à la loi instituant le divorce, ait eu pour but d'entraver les seconds mariages encouragés et multipliés par la loi du 27 juillet 1884 ? Et comment admettre par surcroît que, contrairement à l'esprit libéral de cette dernière loi, le législateur de 1891 avait voulu confirmer, à un siècle d'intervalle, les dispositions restrictives édictées par l'ancien article 386 ? Enfin ici encore la controverse vient de cesser. Une loi du 3 avril 1917, ayant supprimé le dernier alinéa de l'art. 767, a fait disparaître la dernière apparence littérale dans laquelle Desjardins voyait, avec une conviction surprenante, la preuve des intentions hostiles manifestées par le législateur à l'égard des seconds mariages.

Nous aurions beau jeu à exploiter l'abrogation de ces dispositions qui ont à diverses époques servi de fondement à l'opinion qui n'est pas la nôtre. Nous n'insisterons pas cependant. Les arguments que nous avons produits, ceux qui vont suivre encore nous paraissent suffisants à justifier notre thèse.

7° L'argument tiré de la constance de la Jurisprudence n'ajoute rien à la valeur de son interprétation (1). Les substrats juridiques et les textes lui ont peu à peu échappé ; les raisons de fait sur lesquelles elle s'appuie sont des plus discutables, excessives ou sans base ; seule sa fidélité a ses premières décisions lui reste, et ce qui en explique la persistance, sans la légitimer, c'est le désir de ne pas bouleverser soudain une situation, extra légale sans doute, mais consolidée par plus d'un siècle de confirmations successives.

A cela nous pouvons répondre que la Jurisprudence n'a pas toujours manifesté la même timidité quand, par exemple, sur la matière du cumul de la réserve et de la quotité disponible elle est passée par des vicissitudes qui n'ont pas rendu plus aisé, il s'en faut, le règlement des successions litigieuses (2).

---

(1) M. Planiol ne dit-il pas quelque part : « L'opinion qui triomphe n'est pas toujours la vraie et le nombre des adhésions qu'elle reçoit n'est pas une preuve de son exactitude. » Planiol, t. 3, n° 3234, *in fine*.

(2) Il ne s'agit ici que d'un exemple. Les variations de la Jurisprudence sont nombreuses. Il en est de célèbres ; en matière de partage, notamment sur la nature du prix d'adjudication d'un immeuble indi-

8° La question de l'assimilation des conditions de célibat et de non remariage a fait l'objet de discussions curieuses.. Ici encore il ne manque pas d'intérêt à noter l'évolution sensible de la Jurisprudence. Pendant tout le siècle dernier la Jurisprudence distingua nettement les deux conditions. En 1896, Desjardins dit encore : « Vous apercevrez que la Cour de Caen met intentionnellement sur le même plan, contrairement à votre jurisprudence, la condition de ne pas se marier et la condition de ne pas se remarier ». La condition de non remariage, nous l'avons vu, avait depuis longtemps été jugée licite par la Cour de Cassation, lorsque les circonstances de la cause permettaient d'induire que la condition n'avait pas été dictée « par la pensée de faire échec à l'ordre social ».

La condition de non mariage, en fait le plus souvent validée, mais en principe nulle dans l'esprit des Cours d'Appel, n'avait jamais été portée devant la Cour de Cassation. Elle le fut en 1912 (1). La Cour de Cassation, sur la proposition de M. le conseiller Lardenois, assimila les deux conditions. Nous relevons dans le débat des déclarations qui sont topiques ; le pourvoi dit notamment : « La faculté de se marier est un des droits imprescriptibles de l'homme auquel il n'est pas permis de porter atteinte ». Et M. Lardenois de répondre : « Mais la faculté de se remarier n'est-elle pas, pour emprunter l'expression du mémoire, un droit imprescriptible tout aussi bien que la faculté de se marier ?... Nos mœurs ne repoussent pas plus en théorie un second mariage qu'un premier, il ne tombe pas sous les sens que ces deux situations doivent être soumises à

---

vis ; sur la publicité de la dot incluse dans les paraphernaux ; sur l'obligation aux dettes des légataires, etc., etc.

Et puis, l'interprétation dominante n'est pas l'interprétation unanime. Nous citons ici trois décisions qui y sont contraires ; il y en a bien d'autres sans doute. L'opinion dissidente, dont le triomphe nous paraît aujourd'hui nécessaire, n'est donc pas originale ; son application rendue plus fréquente n'apporterait pas ici un tel trouble. Voir notamment : Tribunal de Périgueux, 30 août 1865, S. Cassat. 1865-1-204. — C. A. Liège, arrêt du 11 janvier 1883, S. 1883-4-25. — C. A. Caen, 24 juillet 1894, S. 1895-2-279.

(1) Cassat. 11 novembre 1912, D. 1913-1-105 avec la note de M. Ripert.

des règles différentes. La condition de viduité peut être aussi choquante pour le sentiment moral et aussi contraire à l'intérêt social que la condition de célibat ».

Le conseiller déduit de cette similitude que la Cour de Cassation ayant déjà décidé de porter atteinte à la faculté de se remarier il n'y a pas lieu de décider autrement quant à la faculté de se marier.

Nous approuvons parfaitement les prémisses posées par le savant magistrat. En droit pas plus qu'en fait, rien ne s'oppose à l'assimilation des deux conditions prohibitives du mariage. On a dit cependant que la condition de ne pas se remarier supposant l'existence d'un mariage antérieur ne constituait pas vis-à-vis du mariage la même prohibition absolue, et que, de même que la Jurisprudence validait les clauses d'inaliénabilité relative, elle devait valider les clauses de non remariage. Cette argumentation est un sophisme. La loi — civile ou morale — ne garantit pas seulement la première manifestation de notre liberté ; la protection légale s'étend à tous les actes qu'on en fait ; elle en couvre l'exercice jusqu'aux limites de l'abus ; elle protège de la même manière le premier et les subséquents mariages, et toute clause qui attente à notre liberté, quelle que soit la fréquence de son exercice, est une clause illicite et immorale. La condition de ne pas se remarier est une entrave au mariage. Il importe peu que le premier mariage ait été librement contracté ; la clause d'inaliénabilité absolue ne suppose par l'interdiction antérieure d'aliéner ; comme la clause de viduité elle regarde l'avenir, non le passé.

En droit, rien ne s'oppose donc à l'assimilation des clauses de célibat et de non remariage. Nous ajoutons qu'en fait la similitude est égale. On le conteste en disant que le convol est moins favorable que le mariage. C'est affaire contingente et question de statistique. Duranton qui lance cette assertion se garde bien de l'éclairer par des exemples et de l'établir par des chiffres. Que les mariages subséquents, produit d'un divorce irréfléchi, aient pu quelquefois ne pas tenir toutes les promesses que le législateur attendait, nous en convenons. Mais que

d'unions malheureuses ont trouvé dans le divorce le remède nécessaire ! et combien de remariages ont pu être célébrés avec bonheur entre des époux dont l'un déjà avait fait la cruelle expérience d'une association impossible ! Quant aux secondes noces, dont le veuvage a fourni l'occasion, que mal en dire *a priori*, et quel bien n'en pas dire puisque l'époux qui se remarie trouve dans son cœur ou dans sa raison la force suffisante pour contracter une union nouvelle, malgré le souvenir de celle que la mort a dissoute ?

Non ! le convol doit être en tous points assimilé au premier mariage et les mêmes raisons nous invitent à traiter de la même manière les deux conditions prohibitives. Mais si nous acceptons les prémisses que nous avons dégagées du rapport du conseiller Lardenois nous n'en acceptons pas les déductions. Nous n'assimilons pas la condition de non remariage pour en proclamer la validité ; nous pensons au contraire que la condition de ne pas se marier étant nulle, la condition de ne pas se remarier sera nulle pareillement.

C'est cette thèse que, dans une décision du 30 août 1865, le Tribunal de Périgueux a développée dans des attendus lapidaires que nous regardons comme le *memento* de notre système (1).

« Attendu que le mariage est à tout âge un acte de la liberté naturelle, le complément de la destinée humaine, et l'exercice d'un droit dont chacun doit pouvoir disposer pleinement, volontairement, à ses risques et périls... Attendu que, si le célibat, en lui-même libre et volontaire, n'a rien de contraire à la morale et à l'ordre public, cependant lorsqu'il est imposé contre la volonté, il devient illicite parce qu'alors on porte atteinte à la liberté de l'homme, à la loi naturelle et morale du mariage, en un mot à l'ordre public et aux mœurs, et que de pareilles conditions doivent être réputées non écrites, en conformité de l'art. 900.

...Attendu que, au point de vue de la liberté naturelle et

(1) Trib. de Périgueux, 30 août 1865, S. 1867-1-204.

morale, la liberté de contracter un second mariage ne doit pas être moins entière que celle de former une première union... « Le Tribunal conclut à la nullité et au rejet de la clause de viduité ».

9° Enfin, a-t-on dit, si l'on rejette la condition de non remariage, que devient la volonté exprimée du donateur, quel respect accorde-t-on à son intérêt ? Celui-ci est le pire argument. Le donateur ne veut pas gratifier une famille étrangère parce qu'il préfère sa propre famille. Mais quoi ! la prohibition du mariage n'est pas la prohibition de la paternité ; que le gratifié, puisque défense lui est faite de créer une famille légitime, ait une famille naturelle et le disposant perdra tout espoir de retour des biens qu'il a donnés. Voit-on la moralité dans le geste de donateur qui pousse à la débauche, à l'inceste ou au concubinage celui qu'il prive du droit naturel de se marier selon la loi morale et civile ? Y voit-on davantage un profit pour le disposant ? Non ! toutes les raisons qu'on a alléguées pour justifier la condition de non remariage sont vaines comme le sont celles qu'on invoque en faveur de la condition de célibat.

La vérité est dans l'accomplissement normal de la loi naturelle ; toute violation du droit naturel est contraire à la morale et aux mœurs (1).

---

(1) Nous encourageons le mariage. Ce sera notre souci constant, et en quelque façon, le but moral de notre étude.

On nous dira cependant : Il est des cas où le mariage ne doit pas être encouragé, où il faut respecter la volonté éclairée du disposant qu'on détourne avec une prudente sagesse la personne gratifiée ou qui restreint sa faculté. Craignons toujours d'aider à la réalisation d'unions qui seraient pires que le célibat.

Il est certain que tel était l'esprit du rédacteur de l'arrêt de 1862 précité,. A cette époque cet appel à notre clairvoyance méritait d'être entendu ; le mariage, une fois contracté, c'était pour leur existence entière, le bonheur ou le malheur des époux. Mais aujourd'hui, depuis la loi du 19 juillet 1884, une union insensée n'est plus sans issue ; le juge de 1884 n'a plus les mêmes raisons d'accueilir avec une faveur excessive une condition qui prohibe un mariage dont il pourra si les circonstances veulent prononcer la dissolution. Et qu'on ne dise pas que notre interprétation aura pour effet de donner au divorce, malheureusement trop connu, un champ d'application élargi. C'est, non pas en examinant quelques uns de ses effets, les pires, qu'on juge de

CHAPITRE II

LES CONDITIONS RESTRICTIVES

Avec la condition de non remariage nous avons achevé l'étude des conditions prohibitives de la liberté du mariage. L'examen des clauses restrictives qu'appelle maintenant notre plan n'est pas moins suggestif.

Nous serions tentés, dès d'abord, de faire à cette matière une mauvaise réputation, tant les conditions que la pratique a connues et peut connaître encore sont nombreuses et diverses. Aussi, pour clarifier notre sujet, le diviserons-nous en deux sections correspondant aux deux groupes entre lesquels les conditions restrictives sont susceptibles de se répartir ; et nous étudierons successivement les conditions positives et les conditions négatives.

Les termes que nous employons doivent être expliqués. Il peut se présenter le cas où une personne désirant faire à un ami une donation ou un legs appose à sa libéralité la condition que le gratifié épouse telle personne désignée ou, au contraire, n'épouse pas telle personne. Dans les deux cas, dans d'autres encore que nous passerons en revue, la liberté matrimoniale est restreinte, elle n'est pas annihilée · elle est restreinte parce que ce n'est pas le mariage en général qui est prohibé, c'est tel mariage, célébré dans telles circonstances, ou en dehors de telles autres. Il n'y a pas suppression, il y a restriction de la liberté individuelle.

Examinons de plus près les deux types de conditions que nous avons cités. Ici, le donataire ou légataire devra épouser

---

la valeur d'une institution mais en les envisageant tous, en les pesant, non en les comptant. Il pourra y avoir quelques divorces de plus, mais combien d'unions seront réalisées qui ne l'eûssent pas été ! Si c'est à l'œuvre qu'on connaît l'artisan, n'est-ce pas le mariage seul qui peut révéler les bons et les mauvais époux ? Le juge en validant la condition de célibat et de non remariage empêche une utile expérience.

une personne que le disposant a nominativement désignée : là, au contraire, le gratifié ne devra pas se marier avec une personne nominativement indiquée. Il semble qu'au fond les deux situations soient les mêmes ; dans les deux cas, la liberté matrimoniale est restreinte, mais le mariage reste possible, puisqu'il suffit qu'il soit permis avec une seule personne. Il y a cependant une différence très grande qu'il faut souligner dès à présent. Quand Pierre fait à Paul une donation à condition qu'il épouse Marie, le choix de Paul devient impossible. Ce n'est pas seulement le mariage qui lui est imposé, c'est un mariage tel qu'il ne lui est plus même loisible d'hésiter entre deux personnes pour élire son épouse. Voila certes une condition rigoureuse et qui se rapproche singulièrement de la condition de ne pas se marier du tout. Cependant en raison de son caractère coercitif qui oblige le bénéficiaire à faire quelque chose, le mariage avec Marie — acte positif — nous appelons cette condition et toutes celles qui en dérivent, conditions restrictives positives.

Le second cas est différent. Pierre dit à Paul : « Je te lègue 100.000 francs à condition que tu n'épouses pas Marie ». C'est bien de condition restrictive qu'il s'agit, puisque le mariage, interdit seulement à l'égard d'une personne, reste possible à l'égard de toutes les autres. C'est même, ainsi que nous le verrons plus longuement ailleurs, une bien moindre restriction apportée à la liberté matrimoniale. Comme, d'autre part, cette condition oblige le gratifié à s'abstenir de tel acte, — le mariage avec Marie, — nous disons que c'est une condition restrictive, négative ; ainsi toutes celles qui procèdent de la même restriction.

Après ces éclaircissements sur notre terminologie, nous abordons l'examen des conditions restrictives positives.

Section I

Conditions restrictives positives

Le type des conditions restrictives positives, c'est la condition que nous avons déjà rencontrée et qu'on peut formuler ainsi : Paul lègue à Pierre 100.000 francs à condition que celui-ci épouse Marie — lègue ou donne, la condition pouvant être apposée soit à une libéralité testamentaire, soit à une disposition entre vifs. La personne qui doit épouser le gratifié est désignée ici par le disposant. Le cas peut se présenter où cette personne soit désignée par un tiers. On peut rencontrer encore la condition d'épouser une personne de telle ville, de telle condition, de telle classe, de telle religion, la condition d'épouser telle personne dont le mariage est prohibé sauf dispense, etc... Nous allons examiner les principales de ces conditions.

a) Que faut-il penser de la condition d'épouser telle personne désignée par le disposant ?

Nous avons vu que le droit romain et, après lui, notre ancienne jurisprudence, rapportée par Furgole et par Ricard, ne mettaient pas en doute, d'une manière générale, la validité de cette condition. On disait que cette clause, ne proscrivant pas le mariage et ne constituant en somme qu'une gêne apportée à la liberté individuelle, ne devait pas être considérée comme nulle et qu'elle s'imposait à l'observation du bénéficiaire. De nos jours, la question a été posée quelquefois en jurisprudence et commentée par les auteurs.

Nous avons trouvé quatre décisions judiciaires : trois sont en faveur de la nullité, une seule en faveur de la validité de cette clause.

Le premier arrêt de la Cour de Cassation, date du 6 Floréal, An II. L'appelant soutenait la thèse « qu'il y a erreur ou équivoque dans l'assertion générale que la liberté de l'homme n'est limitée que par la loi ». Si elle l'est peu par les convenances morales elle l'est du moins par la nécessité des choses, par les conventions des hommes, autant que par la disposition expresse du législateur.

« Or, accepter une donation dans un sens contraire au vœu du donateur, outre que ce serait blesser toutes les convenances morales, c'est aussi dénaturer la force et l'effet d'une convention ». Le rejet de la condition n'en fut pas moins décidé.

La Cour de Bastia, le 2 juin 1828, a jugé que la condition imposée au légataire de se marier avec une personne désignée doit être réputée non écrite comme contraire à la liberté des mariages. Et même, ajoute-t-on, cette condition ne peut être opposée au légataire si rien n'établit qu'il ait refusé de l'exécuter (1).

Peu de temps après, la Cour de Poitiers, dans un arrêt du 29 juillet 1830, se ralliait à l'opinion de la Cour de la Corse (2). Ces décisions étaient d'autant plus remarquables que l'opinion contraire était alors admise par la majorité des auteurs (3). Il semblait, dès lors, que la jurisprudence allait se fonder en ce sens et proclamer l'immoralité d'une clause, qui apporte à la liberté matrimoniale une restriction aussi grave, quand le 27 mars 1868, à l'occasion d'un cas semblable, la Cour d'Appel de Lyon déclarait valable la condition d'épouser une personne désignée (4). Cet arrêt décide d'ailleurs que même dans le cas où la personne désignée n'aurait pas atteint l'âge requis pour se marier le légataire ou donataire devrait attendre que son futur époux ait atteint cet âge. Depuis cette époque, il n'est pas douteux que, si la question s'était à nouveau posée, elle eut été traitée par la Haute Cour et par les Cours d'Appel, en conformité de l'arrêt de Poitiers.

La doctrine est depuis longtemps fixée en ce sens ; c'est du moins l'avis du plus grand nombre (5).

---

(1) Arrêt C. A. de Bastia, 2 juin 1828, S. 1828-2-268.

(2) C. A. Poitiers, 29 juillet 1830, S. 1830-2-89.

(3) Voir Pezzani, *Traté des Empêchements au mariage*, n° 96 et suiv.

(4) C. A. Lyon, 27 mars 1868, S. 1868-2-307.

(5) Aubry et Rau, *eod. loc. supr. cit.*, n° 15, page 292. — Dalvincourt, *idem*, page 48. — Duranton, *eod. loc. supr. cit.*, n° 125. — Coin-Delisle, Commentaire du livre III, titre II, sur Art. 900, n° 35. — Saintespes-Lescot, t. I, n° 132. — Vazeille, *Succes. et Testam. sur Art.* 900, n° 6.

Demolombe écrit : « On s'accorde, et très justement, à notre avis, à considérer comme licite la condition imposée au donataire ou au légataire de se marier avec une certaine personne désignée » (1).

Et Troplong, qui professe la plus large indulgence en faveur de la validité de ces clauses, ajoute : « La condition de se marier imposée à une personne désignée bien que contenant la prohibition implicite de se marier à d'autres, est valable et le legs n'est dû qu'autant qu'elle est fidèlement remplie » (2).

La doctrine fait valoir à l'appui de cette opinion les arguments que l'on devine. Que reproche-t-on aux conditions de célibat et de viduité ? de mettre obstacle aux mariages ou d'empêcher leur réalisation ; or, la condition d'épouser une personne désignée n'a d'autre but que d'inciter au mariage, et pour y conduire plus sûrement, elle s'aide d'une libéralité dans laquelle on peut voir une récompense. Elle n'est donc pas contraire à l'ordre social, à l'intérêt public puisqu'elle tend à favoriser le mariage et l'on ajoute qu'elle n'est pas davantage hostile à l'intérêt privé puisque la libéralité qui l'accompagne doit profiter à des époux que connaît et qu'aime le donateur et à leurs enfants, qui trouveront en naissant plus de bien-être au foyer grâce à sa générosité. A quoi, Laurent répond : « A notre avis, cette condition est une de celles qui sont le plus contraires aux mœurs ! » Et nous partageons cette manière de voir.

Considérons, en effet, la situation dans laquelle va se trouver placée la personne gratifiée sous condition.

D'une part, elle sera sollicitée par l'appât alléchant de la libéralité ; d'autre part, elle sera retenue par la perspective de contracter un mariage vers lequel ne tendent pas ses inclinations. Hésitations d'abord, contrainte enfin, voila précisément où est l'immoralité ! Supposons que la personne gratifiée opte pour le mariage ; quel bien attendre d'un mariage auquel un des époux n'a consenti que dans le but de ne pas perdre le

---

(1) Demolombe, *eod. loc. supr. cit.*, n° 253.

(2) Troplong, *eod. loc. supr. cit.*, n° 243.

bénéfice d'une donation qui lui était faite à cette fin ? Les conséquences de cette attraction sont bien plus redoutables ici que dans les hypothèses que nous avons déjà vues ; quand il s'agit de conditions de célibat ou de viduité le bénéficiaire seul peut se trouver atteint et lésé si malgré son penchant pour le mariage il vient à y renoncer pour conserver la libéralité qui lui est adressée ; mais, ici, le bénéficiaire sollicité par le même appât, aura contracté mariage, il aura une épouse, des enfants, c'est toute une famille dont il va compromettre le bonheur, puisqu'il lui apporte un cœur qui n'a cédé qu'à l'attrait du lucre. Sans doute il y aura eu mariage, mais ce n'est pas dans le mariage réalisé en dehors de toute affection que l'ordre public et l'intérêt de la patrie trouvent leur satisfaction. Un ménage désuni est plus nuisible à la paix sociale qu'un mariage manqué. C'est pourquoi nous estimons que la condition d'épouser une personne désignée doit être déclarée nulle et réputée non écrite, comme la condition de célibat et la condition de non remariage ; c'est pourquoi aussi Laurent croyait y voir, avec raison, une des atteintes les plus graves à l'ordre public.

De cette clause on a quelquefois rapproché les donations de toute sorte faites en faveur du mariage. Si l'on considère, dit-on, que la libéralité faite sous la condition d'épouser une personne désignée est un moyen de détourner de ses inclinations naturelles la personne à qui elle est faite, ne convient-il pas de dire pareillement que les avantages accordés en faveur du mariage, y compris la dot elle-même, doivent être taxés d'immoralité comme constituant des moyens d'engager une personne dans une union où ne la pousse pas son cœur ?

S'il appert que la disposition en faveur du mariage soit faite dans le but de forcer la main à un hésitant ou à un réfractaire, et qu'elle révête ainsi le caractère conditionnel qui nous occupe, elle tombera avec cette condition sous le coup de l'art. 900 du Code civil. Mais ce n'est pas sous cette forme que se présentent la dot et les donations faites aux futurs époux ; ce n'est pas pour décider ces derniers au mariage, encore moins pour les y contraindre, que ces libéralités leur sont faites ; leur choix s'est fixé

déjà, il a été libre ; dans leur détermination n'a pas pesé l'appât d'une récompense ; la dot et les succédanés de la dot ne sont qu'un moyen de venir en aide au ménage qui va se créer. Qu'y a-t-il dans cet acte qui fasse échec à la morale ?

Telle n'est pas la libéralité grevée de la condition d'épouser une personne désignée. Ce n'est pas une aide apportée au ménage, ce n'est pas un moyen de contribuer à ses charges, c'est une récompensee du disposant au gratifié qui exécute sa volonté : ici, c'est un moyen de contrainte ; là, un geste gracieux. Nous ne pouvons traiter de la même manière des dispositions de nature aussi dissemblable. Nous déclarons nulle la condition d'épouser une personne désignée, comme contraire aux mœurs et à l'ordre public ; au contraire, la dot et les donations *maritandi causa* ne sauraient être regardées comme une atteinte portée aux mœurs qui tous les jours en favorisent la pratique.

Ainsi il nous sera facile de résoudre les difficultés que l'opinion opposée suscite. La doctrine admet en principe la validité de la condition que nous rejetons ; mais ni les auteurs, ni la jurisprudence n'ont songé à généraliser leur interprétation et à en étendre le bénéfice à tous les cas, même à ceux qui semblent un défi jeté à la morale et au bon sens.

Ainsi la condition d'épouser une personne malhonnête, indigne, flétrie par quelque condamnation infâmante ou de mœurs déréglées, est une condition illicite dans toutes les opinions.

Poser la question c'est la résoudre, et nous passerions outre si certains auteurs n'avaient prétendu faire ici un *distinguo* que n'appelle pas la matière. C'est ainsi que Demolombe recommande beaucoup de discernement et de mesure dans le rejet de cette condition ; et il déclare licite à ses yeux le cas où le disposant, ayant une parente de mœurs déréglées, qu'il voudrait ramener dans la bonne voie, ferait une donation à un jeune homme à condition qu'il l'épouse (1).

Cette thèse nous paraît bien malaisée à défendre ; sans doute c'est faire œuvre morale que d'aider au relèvement de ceux

(1) Demolombe. *eod. loc. supr. cit.*, n° 255. — Voir dans le même sens Troplong, *eod. loc. supr cit.*, n° 245 *in fine*.

qui sont tombés dans l'ornière et il faut encourager les personnes dont l'effort cherche ce but. Mais la fin ne justifie pas les moyens et ce n'est point par le moyen d'un mariage avec une personne honorable, qu'a décidée une libéralité, qu'il convient d'y parvenir ; à le faire, on court le double danger, où de manquer le but ou de le renverser.

2° Quid de la condition d'épouser une personne impubère ? La majorité des auteurs et la jurisprudence, au moins dans le débat unique où elle a eu à se prononcer (1) ont déclaré que cette clause était valable, qu'elle devait être accomplie par le bénéficiaire et qu'elle impliquait cette autre condition tacite soit d'attendre l'époque où la personne désignée aurait atteint l'âge requis, soit d'obtenir une dispense d'âge dans les conditions fixées par l'art. 145 du Code civil. Pour nous, il est à peine utile de dire que nous nous élevons contre cette interprétation erronée d'une condition, qui, en dehors des considérations tirées de la violation de la liberté naturelle, risque de devenir l'instrument d'une mauvaise action.

Laissons de côté le cas où toutes les démarches tentées dans le but d'obtenir la dispense nécessaire ont été vaines, où la patience du gratifié, prolongée jusqu'à la majorité matrimoniale de la personne, qu'il doit épouser, s'est trouvée sans effet par suite du décès ou de toute autre circonstance indépendante de la volonté du bénéficiaire ; les principes généraux du droit suffisent à expliquer que dans ces cas la condition sera réputée accomplie et la libéralité conservée. Mais comment prétendre qu'on puisse faire d'une libéralité la condition que celui, qui en bénéficiera, deviendra l'époux d'une personne qui n'a pas même le droit de disposer d'elle-même, qui n'a pas encore l'âge légal et la raison suffisante pour savoir de quel marché elle est l'enjeu ! De deux choses, l'une ; ou bien cette condition — et les circonstances qui entourent son établissement nous invitent à le croire — est impossible, et alors il ne convient pas de la déclarer valable, ou bien elle est susceptible d'accomplissement et son immoralité en commande le rejet.

(1) Voir *supra* Lyon, C. A. 27 mars 1868.

3° C'était une question très discutée dans notre ancien Droit, controversée encore de nos jours, celle de savoir si la condition d'épouser une personne dont le mariage est prohibé était licite ; et l'on avait cru nécessaire de faire ici une distinction fondamentale : si la personne dont le mariage est prohibé à cause du degré de sa parenté ou de son alliance, était de celles qui peuvent obtenir une dispense légale, la condition était valable ; dans le cas contraire, la condition était nulle et réputée non écrite. C'est encore de nos jours l'interprétation dominante. Nous l'approuvons, mais dans sa deuxième proposition seulement ; car, en dehors même des raisons déjà dites, qui font que nous condamnons toute condition d'épouser une personne désignée, nous estimons qu'il y a lieu d'en appeler de la validité prétendue de la condition d'épouser un parent de degré prohibé, pourvu que le bénéficiaire de la libéralité se propose de solliciter une dispense dans les conditions réglées par l'art. 164 du Code civil modifié par la loi du 16 avril 1832.

Autrefois, Ricard et Pothier enseignaient que cette condition était licite ; Furgole et Bourjon étaient d'avis contraire (1). « Comment, dit aujourd'hui Demolombe, serait-il possible de déclarer illicite une condition qui est reconnue par la loi et dont la loi elle-même, en effet, a organisé les moyens de procurer l'accomplissement régulier ! » (2).

On dit : Les motifs les plus légitimes et les plus sérieux peuvent avoir dicté cette condition au donateur. Dans bien des cas, il se peut que le disposant ait voulu donner comme épouse au bénéficiaire, dont il connait la dignité et l'influence morales, une parente de ce dernier, qu'il affectionne particulièrement et à qui il veut assurer une protection plus efficace et plus sûre.

---

(1) Voir *supra*, notre étude dans l'ancien droit français.

(2) Demolombe, *eod. loc. supr. cit.*, n° 254. — Voir dans le même sens : Aubry et Rau sur Zachariae, t. VII, p. 5. — Chabot, *Quest. Transit. V*e *Condit. concernant les Mar.*, p. 122. — Coin-Delisle, Art. 900, n° 38. — Duranton, n° 725. — Masse et Verge, t. III, p. 179. — Merlin, *Quest de Droit.* Voir condit. § I. — Poujol, n° 17. — Touillier, t. III, n° 252. — Troplong, n° 247.

Ce peut-être le désir de conserver les biens dans la même famille qui ait inspiré le donateur. Celui-ci voudrait bien manifester sa reconnaissance ou son affection à une famille et consentirait volontiers à lui faire une libéralité ; mais il en sera retenu par la crainte que ses biens n'aillent enrichir, par suite d'un mariage avec un étranger, une famille qu'il ne connait pas. Cette condition s'explique encore par le désir d'établir une personne en la mariant à un parent, qui ne quittera pas la région, de prévenir un partage judiciaire, un procès entre deux parents à qui est échu un héritage litigieux. Voilà pour le côté sentimental.

Au point de vue juridique. cette condition ne saurait être arguée de nullité comme invitant à un mariage prohibé. Aux conditions ordinaires du mariage s'ajoute seulement une condition supplémentaire, qui consiste dans l'obtention d'une dispense dont toutes les formalités ont d'ailleurs été réglées par le législateur.

Cette interprétation de la loi est fort discutable. Les auteurs raisonnent comme si la dispense établie par l'art. 164 du Code civil ne constituait qu'une formalité complémentaire destinée dans tous les cas à parachever la légalité du mariage. Il s'en faut que ce soit l'esprit de la loi. Les art. 161, 162 et 163 du Code civil s'expriment en termes non équivoques. « En ligne directe, en ligne collatérale, le mariage est « prohibé » entre...» Une condition qui incite à l'accomplissement d'un acte tombant sous le coup de la prohibition légale peut-elle être déclarée valable ? Nous entendons bien que cette prohibition peut n'être pas absolue et qu'une décision du chef de l'Etat peut valider, par exception, ce que la loi condamne en thèse générale. Mais le désir formel du législateur est que cette faveur ne puisse être accordée que tout autant que des « causes graves » en justifieront l'octroi (1). Or, qui est juge de la gravité de la

(1) La rigueur de la loi peut d'ailleurs s'induire non seulement des termes formels dans lesquels elle s'exprime, mais encore des restrictions successives apportées aux différents textes par le législateur, loi du 16 avril 1832, restreignant le nombre des cas où l'octroi de la dis-

cause invoquée ? Ce ne peut être évidemment le donateur ; il ne peut préjuger de la décision qui interviendra ; par suite, au moment où la condition est imposée, rien n'indique d'une manière sûre que la dispense sera accordée ; le mariage projeté est donc prohibé encore, la condition qui y invite est nulle. Mais, dira-t-on, si la dispense demandée est plus tard obtenue, la prohibition sera levée, et le mariage deviendra possible, la condition pourra être accomplie. Sans doute, mais là n'est pas la question qui se pose. Il s'agit de savoir si la condition doit être dès le début regardée comme valable, sans se demander si une démarche postérieure du gratifié pourra la réhabiliter (1).

La condition est nulle à notre estime. Le caractère licite ou non d'une condition ne s'apprécie pas d'après les accidents qui pourront l'affecter après son établissement, ce caractère s'apprécie au jour où la condition est imposée et les événements survenus postérieurement sont sans effet sur sa véritable nature. On ne peut pas dire que la dispense obtenue validera rétroactivement la condition ; la rétroactivité ne se présume pas, elle ne peut être que si elle est établie par un texte formel qui n'existe pas ici (2).

De plus, ce sont des considérations d'ordre public qui ont provoqué l'interdiction du mariage entre certains parents et alliés ; le chef de l'Etat ne doit obéir à aucune suggestion d'ordre matériel pour apprécier librement la gravité des raisons alléguées ; or, la condition dont il s'agit n'a-t-elle pas pour effet, sinon pour but, d'induire en erreur, l'autorité qui accorde

---

pense est possible, loi du 1er juillet 1914, étendant la prohibition du mariage à des cas qui avaient été jusqu'alors soustraits à la sanction légale.

(1) Si la condition est licite avant que la dispense ne soit accordée, la mort du parent, que le gratifié doit épouser, survenant, la condition sera réputée acomplie. On voit par là combien est grave la question.

(2) Il en est tellement ainsi que, l'inceste étant une cause de nullité mariage ! on peut ajouter que s'il suffisait qu'une dispense puisse être absolue, la dispense qui serait obtenue après coup ne validerait pas le accordée pour qu'une prohibition d'ordre public soit ainsi méconnue, pourquoi ne pas déclarer licite également la condition de se marier sans procéder à la double publication légale par exemple, ou la condition de se marier avant l'âge de 18 ans pour l'homme et de 15 ans pour la femme.

les dispenses, puisque ceux qui s'adressent à elles ne sont mûs que par un intérêt purement pécuniaire ?

Ce n'est pas tout, supposons maintenant que la dispense sollicitée soit refusée. Dans notre thèse, la condition ne sera pas affectée par l'insuccès de la démarche de la personne gratifiée ; nulle elle était, nulle elle reste. Au contraire, les auteurs qui défendent l'opinion opposée sont obligés de dénaturer la clause et de la déclarer désormais impossible. Comment une condition déclarée licite d'abord, pourtant possible, peut-elle devenir soudain impossible sans qu'aucune décision du législateur n'en ait modifié la nature ? Juridiquement on ne saurait l'expliquer. Nous en concluons que la condition d'épouser une personne dont le mariage est prohibé, qu'une dispense soit possible ou non, est nulle et réputée non écrite, comme constituant dans tous les cas une atteinte portée aux mœurs en même temps qu'aux lois d'ordre public, art. 161 à 163 du Code civil (1).

4° Quid de la condition d'épouser une personne de telle ville ou de tel lieu ? de telle condition ou de telle classe ? de telle religion, etc. ?

Nous estimons que toutes ces conditions sont nulles pour les raisons que nous avons déjà fait connaître en étudiant la condition d'épouser une personne désignée. Nous estimons qu'elles sont nulles, *a fortiori*, pour des raisons tirées de leur nature particulière.

Laissons de côté la condition d'épouser une personne de telle ville ou de tel lieu, qui n'est qu'une condition un peu moins restrictive que la condition d'épouser une personne désignée, mais qui constitue néanmoins une atteinte grave à la liberté matrimoniale (2).

---

(1) Delvincourt ajoute à ces raisons, tirées du droit, des considérations tirées de scrupules religieux et surtout de répugnances, qu'expliquent et que justifient, les conséquences souvent déplorables qu'entrainent de semblables unions. — Delvincourt, *eod. loc. sup. cit.*, t. II, p. 60, note 3.

(2) Nous ajoutons que ces conditions sont contraires aux mœurs pour une autre raison. Elles jettent inconsidérement le discrédit sur une région entière, et il est bien difficile, en fait, de justifier un mépris aussi grave.

La condition d'épouser une personne de telle condition ou de telle classe doit être réputée non écrite et rejetée. Ce n'est pas, il s'en faut, l'opinion de tout le monde. La question s'est posée de savoir si la condition d'épouser une personne noble devait être regardée comme licite. De nombreux auteurs se montrent partisans de l'affirmative. Bayle Mouillard, dit notamment : « L'amour de l'égalité est certainement une chose louable ; mais il n'empêche pas certaines convenances qui résultent de la position sociale, des relations du monde et de l'éducation » (1).

Les titres de noblesse, disent ces auteurs, ont pu être foulés aux pieds par le législateur de la période intermédiaire, et il est certain que sous l'empire des dispositions alors en vigueur la condition d'épouser une personne noble devait être impitoyablement rejetée. Mais il est non moins certain, ajoutent-ils, que la loi contemporaine reconnaît les titres de noblesse, et que, si la Jurisprudence avait à se prononcer aujourd'hui, elle validerait une condition semblable. Seulement la plupart des auteurs apportent à leur système une restriction qui en altère singulièrement la portée. Il ne convient pas, en effet, de sanctionner dans tous les cas la légalité dl cette condition ; ceci est affaire d'espèce, et il faut chaque fois envisager la condition à tous les points de vue que le temps, le lieu, les circonstances et les personnes doivent nous faire prendre en considération. La Jurisprudence appelée une seule fois à juger une condition analogue en a décidé le rejet (2). La doctrine, qui ne se laisse pas ébranler par cet arrêt, prétend qu'il ne saurait être regardée comme une décision de principe et que,

(1) Bayle Mouillard sur Grenier, t. I, p. 701 et page 702, note C. — Dans le même sens : Demolombe, *eod. loc. supr. cit.*, n° 256 et 257. — Coin-Delisle, art. 900, n° 36. — Gauthier de la Chapelle, *eod. loc. supr. cit.*, n° 146. — Saintespes-Lescot, *eod. loc. supr. cit.*, n° 133. — Trouillier, t. III, p. 254. — Troplong, *eod. loc. supr. cit.*, n° 243. — Vergé et Massé, p. 179.

(2) La Cour de Cassation a, en effet, jugé, le 13 mai 1813, que la condition d'épouser une personne chapitrale était illicite et devait être tenue pour non écrite, comme tombant sous le coup des dispositions de l'art. 900 du C. Civil Cassat. 13 mai 1813, S. 1813-1-275.

depuits 1813, les choses ont marché ; que l'art. 900 écrit dans le but de protéger les jeunes conquêtes d'un droit renové, conduit à l'infliction de sanctions, autant dire de peines, que ne commandent plus les mœurs contemporaines, mieux armées par un long siècle d'existence contre les entreprises d'une réaction d'ailleurs impossible.

Nous répondons : Sans doute l'art. 900 n'est plus le reflet fidèle de nos mœurs. Mais l'art. 900 serait vide de sens si son application était précisément contestée à l'occasion du pire mal dont il est l'unique remède. Ressusciter l'esprit et la lutte des classes — ou l'entretenir, ce qui ne vaut pas mieux — et, par ce moyen, réduire à néant un des résultats les plus positifs et les plus heureux de la Révolution française, voila le but vers lequel tend la condition d'épouser une personne de telle condition ou de telle classe. Que la Charte ait restitué à leurs détenteurs depossédés les titres de noblesse, nul ne le conteste ; mais il est hors de doute que nos mœurs actuelles répugnent à conserver une hiérarchie sociale démodée, qui n'a enfanté autrefois que des abus et des despotes, et que les conditions, qui y invitent, sont proscrites par ces mœurs comme est proscrite toute atteinte aux principes d'égalité et de liberté qui, proclamés par la Constituante de 89, seront la loi de toujours (1).

Pour des raisons analogues nous condamnerons la condition d'épouser une personne de telle religion, soit qu'il s'agisse de la condition d'épouser une personne de la même religion, soit qu'il s'agisse d'épouser une personne de religion différente. Sous ces deux formes, la validité de cette condition a été cependant défendue par de nombreux auteurs. Pourquoi condamner la condition d'épouser une personne de religion différente ? Existe-t-il quelque part un texte qui oblige une personne de religion catholique à ne pas épouser une personne de religion protestante, israélite ou musulmane ? Nos lois n'interdisent en

(1) C'est l'avis de : Duranton, n° 126. — Marcadé, art. 900, n° 141. — Merlin, § 5. — Poujol, n° 16. — Vazeille, n° 9.

aucune manière les mariages mixtes, nos mœurs ne les repoussent pas davantage, c'est tous les jours qu'il s'en réalise.

Il n'y a pas lieu non plus de rejeter la condition d'épouser une personne de même religion ; on a le droit de penser, bien au contraire, que cette condition, loin de heurter la susceptibilité de la personne gratifiée, va trouver auprès d'elle les dispositions les plus bienveillantes, puisqu'elle l'invite en somme à demander à son futur époux les sentiments qu'elle lui apporte elle-même (1).

Laurent a combattu avec vigueur cette opinion. Loin de considérer comme licite la condition d'épouser une personne de religion même ou différente, le savant professeur a vu en elle un double vice : « Elle entrave la liberté du mariage, à ce titre elle est contraire aux mœurs : elle donne à la diversité des cultes une influence sur les relations civiles, engendre ou perpétue la funeste séparation que les croyances religieuses établissent entre les hommes ; à ce titre, la condition est contraire à l'ordre public, contraire à l'intérêt général, contraire à l'esprit de notre droit public, qui met les actes civils à l'abri de toute influence religieuse et de toute influence de caste. Il n'y a pas à notre avis de conditions plus profondément illicites » (2). Il n'est pas douteux que les questions qui touchent à la liberté de conscience et à la liberté de religion doivent rester étrangères aux transactions des hommes. Il y a toujours de l'imprudence à rapprocher Dieu et les hommes dans un contrat civil. Il en est si fortement ainsi, les hommes se montrent si susceptibles, si irascibles parfois dans des questions de cette nature, qu'elles sont bannies même des conversations familières qu'ils tiennent entre eux. Pour beaucoup de personnes, rien n'est plus propre à troubler leur quiétude et leur bonne humeur qu'une allusion à leur croyance. Si ce n'est pas toujours le

---

(1) Dans ce sens : Coin-Delisle, n° 37. — Demolombe, n° 258. — Duranton, t. VIII, n° 125, note I. — Rolland de Villargues, V. *Condition de ne pas se marier*, n° 19.

(2) Laurent, *eod. loc. supr. cit.*, n° 499 *in fine*.

spectre des guerres, dont à certaines époques notre histoire a été ensanglantée, qui s'offre à votre souvenir, c'est toujours le sentiment que ces choses sont partout déplacées hors de l'enceinte où elles trônent sans conteste. C'en est assez pour déclarer non écrite une condition qui tend à associer dans une union impossible à nos spéculations matérielles les spéculations idéales à la foi (1).

Section II

Conditions restrictives négatives

Nous savons ce qu'il faut entendre par ces termes. Il s'agit de conditions qui restreignent la liberté du mariage en obligeant, d'une manière relative, une personne à ne pas se marier.

1° Le type de ces conditions, correspondant à la condition d'épouser une personne désignée, c'est la condition de ne pas épouser telle personne. Elle apparaît comme l'image renversée de celle-là, mais une image aux formes élargies, impliquant, il faut le dire dès l'abord, une moindre restriction de la liberté du mariage. En effet, la condition d'épouser une personne désignée supprime d'une manière absolue, pour le bénéficiaire la possibilité d'exercer son choix parce qu'elle contient la défense implicite d'épouser toutes les autres personnes que n'a pas nommées le disposant. La condition de ne pas épouser une personne désignée implique la possibilité d'épouser toutes les autres personnes que le disposant n'a pas exclues ; la liberté

(1) Nous n'avons vu jusqu'ici que les divers cas où le donateur lui-même désigne la personne que le bénéficiaire devra épouser. Il peut arriver que cette désignation soit l'œuvre d'une tiers. Quelle sera la valeur de cette condition ? Nous devons dire qu'elle sera nulle pour deux raisons ; d'abord parce qu'elle constitue une atteinte, comme toutes les autres, à la liberté du mariage ; en outre, parce que la désignation émane d'une personne étrangère à l'acte de disposition et que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Art. 1165 du C. Civil. Voir *Code annoté*, Dalloz, N. C. C. Livre III, titre II, Donat. et testam. Art. 900, n° 159.

matrimoniales reste entière vis-à-vis de ces personnes ; elle n'est restreinte qu'à l'égard d'une seule. Et, *a priori*, l'on conçoit que cette clause ait reçu de la plupart des auteurs, partisans de la validité des conditions restrictives, un traitement encore plus favorable. C'était déjà l'avis de Furgole et de Ricard. Troplong, de nos jours, la justifie en disant : « La liberté de la personne n'est pas sacrifiée par cette défense qui laisse aux choix de la légataire une très grande étendue » (1).

Cependant nous n'acceptons pas cette interprétation. Nous reconnaissons bien que l'atteinte portée à la liberté matrimoniale sera quelquefois moins grave, mais ce n'est pas une question de mesure seulement qui importe ici. La liberté du mariage, nous avons dit, doit être absolue, et ne comporter pas d'autres restrictions que celles que la loi y a apportées, quant aux formes, aux conditions, à la preuve, et à la stabilité du mariage. Toute clause qui entraverait cette liberté doit être rejetée et réputée non écrite.

D'ailleurs, une telle condition, qui paraît si peu restrictive, est en réalité suspecte au plus haut chef. Quel est, en effet, le mobile qui a poussé son auteur ? Pourquoi fait-il de l'exclusion de telle personne, qu'il désigne nominativement, la condition de sa libéralité ? Ce n'est pas évidemment une personne quelconque qui est ainsi exclue. Il n'échappera à la perspicacité de personne que le disposant n'a aucun intérêt à empêcher le mariage du gratifié avec une personne que lui-même ne connaîtrait pas ; mais il peut, au contraire, avoir des motifs particuliers pour entraver l'union de celui-là avec une personne qu'il connait bien ; et s'il a pris soin d'exclure cette personne, n'est-ce point parce qu'il a quelque raison de croire qu'elle est susceptible de l'élection redoutée ?

Or, il importe peu que le bénéficiaire reste libre de se marier avec l'une quelconque des personnes de la terre, si l'exclusion,

(1) Troplong, *eod. loc. cit.*, n° 238. — Cette opinion est partagée par Coin-Delisle, n° 34. — Demolombe, n° 248. — Duranton, n° 121 à 123. — Troullier, n° 258.

que prononce la condition, frappe précisément celle ou l'une de celles sur lesquelles son choix se fût ou s'est porté déjà ; sa liberté qui paraissait si large se trouve en réalité très restreinte et la condition qu'on jugeait si libérale devient en fait, dans la plupart des cas, une mesure coercitive, aussi gênante, aussi rigoureuse et immorale que la condition d'épouser une personne désignée.

Cependant, dit l'opinion dominante, la condition n'est pas contraire aux mœurs. Ce qu'il faut c'est dans tous les cas scruter la conscience et sonder les secrètes intentions du disposant et ne valider la condition que si elle a été dictée par des motifs irréprochables. Et les partisans de la validité des clauses restrictives ont dû, en effet, se livrer à cet examen d'espèce et réserver leur décision jusqu'à complète connaissance des faits de la cause. Ils ont même proclamé en thèse générale, la validité de cette condition, n'exceptant que les cas où les circonstances particulières venaient en modifier la nature. C'est cette idée qu'a traduite Troplong en ces termes : « Il n'en serait autrement qu'autant qu'une raison de décence publique rendrait le mariage moralement obligatoire ».

Seulement, le critérium de la décence publique n'est pas chose facile à déterminer chez des auteurs, qui se refusent à voir dans une atteinte portée à la liberté matrimoniale, un acte contraire à la décence. Quand y aura-t-il nécessité morale d'épouser une personne exclue par la condition ?

Quelles sont les circonstances d'où s'induira indubitablement l'obligation morale au mariage ? Des relations antérieures nouées entre le bénéficiaire et la personne exclue et qui exigent une réparation ? Une promesse faite, une parole donnée, des fiançailles accomplies, une réputation compromise, en tenant compte surtout des dispositions bienveillantes de la jurisprudence actuelle à l'égard de la bonne foi surprise ? Des enfants à légitimer ? Faudra-t-il prendre en considération l'âge des personnes, la durée des relations coupables, la profession, la situation sociale, la conduite antérieure ? Les convenances les plus diverses et les plus dignes d'intérêt peuvent alors inter-

venir et oblitérer radicalement le caractère de la condition imposée. Il y a plus encore : ces convenances devront être examinées dans la personne de chacun des intéressés, et il se peut que telle considération qui motivait d'abord l'admission de la condition perde ensuite toute sa force parce qu'une situation qu'on découvre en vient contrarier les effets ; que les relations antérieures, par exemple, suffisantes en principe pour rendre obligatoire moralement le mariage, soient jugées impuissantes eu égard à l'inconduite notoire de la personne à qui réparation est dûe. Source intarissable de chicanes et de scandales, si la pratique, plus sage, en condamnant elle-même ces clauses, n'était venue au secours d'une doctrine et d'une jurisprudence bienveillante à l'excès ! (1).

En effet, la Jurisprudence n'a pas eu de fréquentes occasions de donner son avis. Nous n'avons trouvé que deux arrêts ; ils sont d'ailleurs contradictoires. La Cour de Bruxellese a jugé le 6 mai 1809 que la condition imposée à une veuve légataire de ne pas épouser une personne désignée devait être réputée non écrite comme contraire aux mœurs, attendu surtout que que cette condition pouvait avoir pour effet d'empêcher la réparation de son honneur et la légitimation de son enfant (2).

Par contre, la Cour de Poitiers a décidé, le 14 juin 1838, que cette condition était licite et s'imposait au bénéficiaire (3).

Il n'est pas douteux que la Jurisprudence suivrait aujourd'hui l'opinion de la majorité des auteurs. Pour nous, nous préférons nous en tenir à l'interprétation, que nous en avons donnée, et déclarer illicite et contraire aux mœurs, dans tous les cas, la condition de ne pas épouser une personne désignée.

---

(1) Cette opinion est celle de la majorité des auteurs : Voir notamment, Rolland de Villargues, n° II. — Troplong, n° 238 et 239, qui parait s'en tenir à un unique exemple : « Supposons que le légataire ait rendu mère une jeune fille de son rang, et que le testateur lui défende de l'épouser : cette condition serait contre les mœurs ; on la rejetterait. » Grenier, p. 702 et 703. — Coin-Delisle, art. 900, n° 32. — Gauthier de la Chapelle, *Encycl. condit.*, n° 144.

(2) Bruxelles C. A., 6 mai 1809, S. 1809-1-67.

(3) C. A. Poitiers, 14 juin 1838, S. 1838-2-273.

2° De cette condition, il convient de rapprocher la condition de ne pas épouser une personne d'un groupe ,d'une ville, d'une classe déterminée. Les mêmes raisons suffisent à proscrire ces clauses. Si, d'ailleurs, la violation de la liberté naturelle était chose susceptible de mesure — ce que nous n'admettons que très difficilement, insuffisamment toujours pour infirmer les conclusions auxquelles nous nous sommes rallié — nous dirions que ces conditions étant plus restrictives que la précédente doivent être à plus forte raison rejetées. Ce n'est pas l'avis des auteurs. Quelques-uns cependant, s'attachant à un examen plus minutieux des faits de la cause, se refusent à valider la condition de ne pas épouser une personne de tel lieu, de telle classe, etc., lorsque la prohibition est de telle nature qu'elle supprime en fait la possibilité du choix du bénéficiaire.

Une telle condition équivaudrait en définitive à un empêchement radical au mariage puisque, sans interdire en apparence le mariage, elle repousse cependant toutes les personnes avec qui il pourrait être contracté. C'est l'avis de Duranton et de quelques autres, après avoir été autrefois l'avis de Furgole (1).

Cette opinion est fondée ; le seul tort qu'à notre estime, ont les auteurs, est de ne pas la généraliser. Ce n'est pas dans quelques cas seulement que la condition restrictive du mariage constitue une violation flagrante de la libérté matrimoniale ; c'est dans tous les cas où notre liberté ne jouit pas de sa complète intégrité, où elle est contrariée par la séduction immorale d'une libéralité qui nous détourne de l'accomplissement de notre devoir naturel suivant nos naturelles inclinations, que nous la rejetons.

3° Voici maintenant une condition d'une nature plus particulière et qui a suscité en doctrine une vive controverse.

Il s'agit de la condition de ne pas se marier sans le consentement du disposant ou d'une tierce personne ? Paul donne à Pierre 100.000 francs à condition que Pierre ne se marie

(1) Duranton, n° 123.

pas sans obtenir à l'occasion de son mariage le consentement de Paul. Cette condition est à la fois négative et positive. Négative, en ce sens que le mariage est interdit si le consentement n'est pas obtenu, positive, parce qu'elle oblige le gratifié à solliciter le consentement requis.

Disons tout d'abord qu'on la rencontre assez souvent en pratique et que, par suite, la discussion à laquelle elle a donné lieu n'a pas un sens exclusivement théorique, mais qu'elle sert également à éclairer une situation sur laquelle la Jurisprudence a été appelée déjà à se prononcer.

La doctrine distingue d'une manière très nette le cas où le consentement à obtenir doit émaner d'un tiers, et le cas où il émane des père et mère, ou ascendants ou personnes à qui la loi a conféré le droit de consentir au mariage de l'enfant ou du pupille.

Dans le premier cas, les auteurs décident que la condition est illicite. Cette solution n'est pas contestable. Le mariage doit être un acte libre des époux. Il en est si bien ainsi, qu'au delà d'un certain âge c'est leur volonté exclusive qui compte. Un tiers n'a rien à voir là où le cœur des deux époux doit parler seul. Le législateur a attaché tant d'importance au respect de cette liberté absolue qu'il a exigé impérativement la présence des futurs conjoints à la cérémonie du mariage, et qu'il a fait du « oui » légal une formule sacramentelle. C'est qu'il a voulu, par ce moyen, soustraire les époux à toutes les influences obliques qui auraient pu les solliciter jusqu'au dernier instant, et les plaçant en face d'eux-mêmes et de la loi, les dégager au moment solennel de toute suggestion et de toute contrainte. La condition qui, malgré la volonté ferme de la loi, obligerait les époux à requérir le consentement d'une personne étrangère, constituerait une entrave à la liberté du mariage et devrait être rejetée comme non écrite.

C'est cette thèse qu'a consacrée expressément la Cour de Paris par un arrêt du 7 juin 1849 d'où nous détachons les attendus suivants : « Attendu qu'aux termes de son testament, William Stacpoole a légué à Wilhemine Stacpoole une somme

de 75.000 francs avec dévolution au profit de sa sœur dans le cas où la dite légataire contracterait mariage sans le consentement écrit de James Stacpoole, nommé exécuteur testamentaire. ...Attendu que les tribunaux français ne peuvent admettre aucune stipulation réputée contraire à l'ordre public par la loi française (1). ...Attendu que la dame Kuhn (ci-devant Wilhemine Stacpoole) s'étant mariée après le décès de son père n'était tenue d'obtenir d'autre consentement que celui de sa mère... qu'elle a obtenu ce consentement. ...Attendu que l'exécuteur testamentaire ne peut se prévaloir d'une condition qui aurait pour effet d'imposer un autre consentement. Que cette condition est contraire à la liberté du mariage, laquelle est d'ordre public ; que, dès lors, la condition doit être réputée non écrite dans la disposition testamentaire » (2).

Le législateur n'a-t-il pas d'ailleurs désigné avec la plus rigoureuse précision les personnes dont le consentement au mariage était requis ? Ajouter à la liste de ces personnes n'est-ce pas ajouter à la loi ? Et une loi n'est-elle pas violée autant par celui qui n'observe pas toutes les dispositions qu'elle comporte, que par celui qui en dénature la portée en l'étendant ?

Nous pensons qu'il n'y a pas d'autre façon de juger cette clause. Valider la condition de ne se marier qu'*arbitratu tertii* n'est-ce pas remettre entre les mains d'une personne légalement sans droit le pouvoir de s'opposer au mariage ? (3). C'est cependant en sens contraire que la Cour de Cassation semble avoir jugé par un arrêt du 5 avril 1836 (4), en déclarant que l'institution d'héritier faite sous la condition que l'institué ne pourrait pas se marier sans le consentement d'un tiers désigné, lequel, la condition n'étant pas accomplie, aurait le droit de choisir un autre héritier, peut être validée, bien

---

(1) La législation anglaise, au contraire, valide ces clauses.

(2) Cour de Paris, 7 juin 1849, S. 1849-2-151.

(3) Voir aussi un arrêt de la Cour de Paris, 14 juillet 1810, S. 1810, page 307, qui déclare que cette condition est une « servitude personnelle contraire à la nature et à l'ordre public. »

(4) Cassat, 5 avril 1836, S. 1836-1-563.

que l'héritier institué n'ait pas obtenu le consentement requis.

Mais les auteurs, en plus grand nombre, se rangent à l'avis exprimé par la Cour de Paris (1).

Laurent dit notamment : « La condition qui fait intervenir un tiers là où Dieu seul doit intervenir gêne la liberté dans un contrat où elle doit être entière · elle peut empêcher un mariage légitime et conduire par là à l'immoralité » (2).

La même solution s'appliquera-t-elle au cas où le consentement requis par la condition doit émaner d'un parent à qui la loi a conféré le droit de s'opposer au mariage ou d'y consentir ?

Ici, ni la jurisprudence ni les auteurs, en général, n'ont songé à généraliser l'interprétation qu'à reçue la clause précédente. Le principe nouveau a été posé par un arrêt de la Cour de Bordeaux, le 15 février 1849 (3). La condition que la libéralité faite par un des parents, pere ou mère, à un enfant, ne sera suivie d'effet que si le consentement de l'un d'eux au mariage a été obtenu, bien que gênant dans une certaine mesure la liberté du bénéficiaire, est licite. La Cour a fait valoir les considérants suivants : « Attendu qu'une telle condition, tendant à resserrer les liens de la famille n'a rien que de parfaitement moral, et n'est pas, non plus, contraire aux lois ; qu'il est de la nature de toute condition de gêner, en une certaine mesure, la liberté de celui auquel elle est imposée ; que cette gêne est licite, parce qu'elle est volontaire ; que tout ce qui importe et tout ce qu'a voulu le législateur c'est qu'une libéralité ne devienne jamais par les conditions qui l'accompagnent un encouragement à l'immoralité ou à la transgression des lois ; attendu que si les lois permettent à l'enfant parvenu à la majorité qu'elles ont fixée de se marier sans le consente-

---

(1) Aubry et Rau, p. 291, texte et note 12. — Bayle-Mouillard su Grenier, *eod.*, page 700, note 6. — Demolombe, n° 244. — Guilhou, Donat., n° 632. — Larombière, oblig., t. II, sur art. 900, n° 33. — Saintespes-Lescot, Donat., t. I, sur art. 900, n° 127. — Troplong, Donat., n° 240.

(2) Laurent, n° 500.

(3) C. A. Bordeaux, 15 février 1849, S. 1849-2-667. — D. 1850-2-6.

ment de leur père et mère elles lui font à tout âge un devoir de demander ce consentement ; que lorsqu'il a cessé d'être obligatoire il leur paraît toujours désirable ; qu'elles ne peuvent donc être blessées de ce qu'en faisant à l'avance une donation en vue de faciliter leur mariage les père et mère y ont mis cette condition que la libéralité ne serait définitive qu'autant que le mariage obtiendrait l'assentiment de l'un ou de l'autre ; que cette alternative qui laisse toute la prépondérance au plus indulgent des deux est moins pour la donataire une gêne qu'une protection et n'attente point à la liberté du mariage ; que, loin que les donateurs aient voulu prolonger la minorité de la donataire ils l'ont placée dans une situation plus indépendante puisque le consentement d'un seul suffisait désormais pour lui assurer l'effet d'une double libéralité, qu'elle n'eût pu sans cette condition obtenir que du concours de la volonté de tous les deux ».

Confirmation de cette thèse paraît s'induire des termes d'un arrêt du 22 janvier 1883 de la Cour de Cassation (1).

La doctrine, en défendant l'opinion de la Jurisprudence, en reproduit les raisons. Demolombe écrit : « La loi elle-même exige que l'enfant demande toujours le consentement de ses ascendants pour se marier ; et s'il est vrai qu'il faut à un certain âge, passer outre à la célébration de son mariage malgré leur refus, après leur avoir adressé des actes respectueux, on ne pourrait en induire qu'elle approuve l'enfant qui tient une telle conduite. La condition qui a pour but de le maintenir dans les sentiments de soumission filiale, de resserrer les liens de la famille et de la discipline domestique, d'empêcher enfin

(1) Il s'agissait d'ailleurs d'une situation particulière mettant en jeu l'application du code Sarde. Lacointa, qui fait suivre cette décision d'une intéressante note, dit que l'arrêt donne lieu à penser que si la Chambre des Requêtes avait cru devoir résoudre la question posée par le pourvoi, la Cour se serait prononcée dans le sens de la validité de la condition, astreignant le bénéficiaire d'une libéralité à ne pas se marier sans le consentement d'un de ses ascendants. Arrêt Cour Appel Aix, 20 juillet 1821, et sur pourvoi. Cassat. req., 22 janvier 1883, D. 1883, I-147, S. 1884-1-305, avec note de Lacointa.

l'enfant, la fille surtout, de contracter un mariage qui ferait son malheur et la désolation de ses parents, une telle condition ne saurait, à notre avis, être considérée comme illicite » (1).

Il semble malaisé, *a priori*, de repousser cette argumentation. L'homme et la femme qui s'unissent contractent les devoirs les plus graves et éternels : ils durent toute la vie et se transmettent au delà de la tombe à la famille qu'ils ont créée. Ces devoirs, les époux n'y failliront pas s'ils ont su les comprendre et en mesurer la portée. En sont-ils capables toujours ? Non certes. On se marie jeune ; c'est la meilleure habitude, on ne saurait trop l'encourager. Mais précisément la jeunesse n'est pas une garantie de la compréhension totale de devoirs aussi impérieux, et si l'on tient compte des sentiments sous l'empire desquels les jeunes gens se marient, on conçoit qu'ils n'aient pas au moment du mariage, à cet instant de la vie où elle serait le plus nécessaire, toute la raison suffisante pour éclairer leur détermination. Aussi, depuis toutes les époques, et, peut-on dire, dans tous les pays, le législateur a-t-il voulu associer à l'acte de mariage l'expérience et l'affection de ceux qui sont naturellement chargés de veiller sur l'avenir des jeunes époux. Et les anciens art. 148, 151 et 152 du Code civil disposaient que jusqu'à l'âge de 25 ans le consentement des père et mère était indispensable ; passé cet âge, les enfants devaient encore par trois actes respectueux solliciter le conseil de leurs parents.

Il semble dès lors qu'une condition qui n'a d'autre effet que de maintenir les enfants dans la dépendance légale vis-à-vis des parents, dans l'obéissance seulement prolongée aux lois de discipline morale et de respect familial, ne puisse être proscrite comme contraire aux mœurs. Ausi bien n'est-ce pas au nom de la moralité que nous la rejetterons. Nous la repousserons pour la raison supérieure que toute condition, qui attente

---

(1) Demolombe, n° 246. Dans le même sens : Aubry et Rau, *eod. loc. supr. cit.* — Bayle-Mouillard sur Grenier, *id.* — Coin-Delisle. — Gauthier de la Chapelle, n° 141. — Larombière, *id.* — Saintespes-Lescot, *id.* — Troplong, n° 241.

à la liberté de se marier constitue une violation de la loi naturelle et de l'ordre public (1).

D'ailleurs, à ne retenir que les prescriptions littérales des articles précités, il s'en faut que la condition de ne pas se marier, sans le consentement des parents, y soit conforme. L'ancien art. 148 disposait que le consentement des père et mère était requis jusqu'à l'âge de 25 ans ; la loi du 21 juin 1907 a ramené cette limite à l'âge de 21 ans. Les actes respectueux, réduits à une seule notification par la loi de 1907, ne seront plus nécessaires au delà de 30 ans.

Supposons donc que la condition soit imposée à un enfant encore mineur. Si l'enfant se marie sans avoir obtenu le consentement nécessaire, la libéralité lui échappera évidemment. Mais cette situation est irréalisable puisque en pareil cas le mariage lui-même serait annulable et la nullité du contrat principal entraînerait par voie de conséquence la nullité des dispositions accessoires. Si, au contraire, l'enfant est majeur, le consentement paternel n'est plus indispensable, et le conseil qu'il doit prendre, dans les conditions prévues par l'art. 151, ne le liant pas, ne serait-ce pas ajouter au texte de la loi qce de valider une condition qui lui en ferait néanmoins l'obligation ?

L'interprétation contraire ne serait acceptable que s'il apparaissait nettement que le législateur ait attaché la plus stricte importance à l'observation des dispositions contenues dans l'art. 151. Ce n'est pas le cas. En effet, non seulement le défaut de la notification réglée par la loi du 21 juin 1907 ne constitue qu'un empêchement simplement prohibitif au mariage, entraînant une amende au préjudice de l'officier de l'état civil négligent ou coupable (2) ; mais encore les atténuations successives

---

(1) Voir *supra*, nos développements au titre II, les Conditions relatives à la liberté du mariage sont-elles illicites ?

(2) Le code ne distingue pas entre le défaut d'énonciation dans l'acte du consentement des parents, et le défaut de justification de la notification, quant à l'amende infligée à l'officier d'état-civil en faute. L'art. 182 du C. Civil ajoute cependant, qu'en raison de sa gravité, la première infraction est, par surcroît, de nature à provoquer l'annulation du mariage.

apportées à la rigueur primitive des textes par les lois de 1896 et de 1907 nous induisent à penser, qu'en cette matière, l'esprit le plus libéral a animé notre législateur et qu'il convient de se rappeler ses dispositions bienveillantes dans l'interprétation des clauses qui s'y réfèrent. D'où il suit que même, quand la condition de ne pas se marier sans le consentement de ses père et mère a pour but de corrober les prescriptions de la loi, elle ne saurait être validée parce qu'elle constitue une condition impossible, étant toujours l'accessoire d'un contrat annulé.

A fortiori, doit être rejetée la condition qui tend, malgré les objections dirigées contre elle par la Jurisprudence, à prolonger au delà de la majorité légale l'obligation faite aux jeunes gens de solliciter le consentement paternel au mariage, puisque nous connaissons maintenant les intentions du législateur, chaque jour plus favorables à la plus grande liberté du mariage. L'opinion contraire est cependant la plus couramment admise (1).

Certains auteurs, non des moindres, se montrent, par surcroît, si satisfaits de l'interprétation de la Jurisprudence qu'ils vont jusqu'à en attendre le bénéfice à des cas exorbitants de la question, telle que nous l'avons posée. C'est ainsi que Demolombe valide la condition de ne pas se marier sans le consentement d'un parent que la loi n'a pas investi de ce droit, d'un oncle par exemple, ce qui n'est pas plus justifiable que la condition imposée par un tiers. Cet auteur va plus loin encore. Après avoir déclaré que la condition de ne pas se marier sans le consentement d'un tiers est illicite, il se ravise et se déclare partisan de sa validité si elle n'est imposée au bénéficiaire que

(1) Nous n'avons rencontré que deux auteurs qui aient défendu la thèse que nous soutenons, Laurent et M. Huc, et nous devons ici, reconnaître que le jugement du savant professeur de Gand nous a souvent encouragé. Voir *Laurent*, n° 500.

M. Huc dit excellement : « De ce que la loi permet à l'enfant qui a dépassé un certain âge, de se marier sans le consentement de ses parents, on ne saurait en induire qu'elle approuve l'enfant qui tient une pareille conduite. Là, n'est pas la question ; il s'agit de savoir si on peut ainsi restreindre le droit d'ordre public de se marier, dans certaines conditions, sans le consentement de ses parents. » Huc, n° 59.

pour « une certaine durée de temps raisonnable et suffisamment limitée ». Il justifie sa proposition en disant que, puisqu'il est possible — ce n'est pas notre avis, nous le verrons bientôt — d'imposer à la personne gratifiée l'obligation de ne pas se marier pendant un certain temps, il est à plus forte raison loisible au disposant de le contraindre pendant un temps égal à obtenir le consentement d'un tiers ; et Bayle-Mouillard que cite Demolombe ajoute aux considérations de l'auteur que cette condition peut constituer en bien des cas « un acte de prudente et prévoyante tendresse » (1).

Ces auteurs pourraient ajouter à ces raisons que la condition aurait pour effet, au cas où le consentement du tiers serait obtenu avant l'expiration dc délai, de restreindre la durée du célibat qui a été imposé au donataire ou légataire. Non ; la condition de ne se marier qu'avec le consentement d'un tiers est nulle ; nous ne voyons pas comment cette nullité peut s'effacer parce qu'elle est en concours avec un autre (2). On serait plutôt tenté de dire que les deux nullités se renforcent.

Enfin, quelques auteurs, bien que condamnant la condition de ne pas se marier sans le consentement d'un tiers, ont émis l'avis que s'il ne s'agit que d'un conseil à prendre, cette condition s'impose au bénéficiaire à peine de déchéance de la libéralité (3).

Nous avons déjà répondu à cette allégation, en étudiant la condition de prendre le conseil des ascendants prévu par l'art. 151 du Code civil, modifié par la loi du 21 juin 1907. Nous

---

(1) Demolombe, n° 247. — Bayle-Mouillard sur Grenier, page 701, note *b*.

(2) Voir *infra*, la condition de ne pas se marier avant un certain temps.

(3) Troplong dit : « Cependant, soyons moins absolu. Par exemple, s'il s'agit d'un conseil à prendre seulement, un jeune libertin à qui cette condition est imposée, ne pourra pas la mépriser, il doit avant tout, consulter l'homme sage à qui la prudence du testateur l'avait adressé. Peut-être ce conseil aurait-il prévenu une union honteuse et malheureuse. Je ne dis pas, je le répète, qu'il fût lié par ce conseil, mais du moins il devait le prendre. Il serait coupable de l'avoir dédaigné par une prétérition abusive. » Troplong, n° 241.

ajoutons : ou bien il s'agit d'un conseil qui ne liera pas le bénéficiaire et que celui-ci pourra ne pas suivre, et alors on ne voit pas l'utilité de cette condition ; elle est sans importance, et son inexécution sera sans effet sur l'attribution ou la perte de la libéralité ; ou bien il s'agit d'un véritable consentement à obtenir, obligatoire et décisif, et nous sommes ramenés à l'hypothèse de la condition de ne pas se marier sans le consentement d'un tiers. Cette condition est nulle et réputée non écrite.

4° En terminant cette étude des conditions restrictives négatives nous voulons dire un mot de la condition de ne pas se marier avant un certain temps. Demolombe enseigne que cette condition est licite. Il ne peut en être autrement dans l'opinion qui admet en fait, dans la plupart des cas, la validité de la condition absolue de ne pas se marier. Tel n'est pas notre avis et nous l'avons fait connaître quand il s'en est agi. Nous avons montré que, ce qui doit faire rejeter cette condition, ce n'est pas tant le caractère absolu de la prohibition du mariage, que la prohibition, l'acte prohibitif lui-même, constituant à nos yeux, quelle qu'en soit la durée, une violation de la loi naturelle. Pour quelle raison d'ailleurs suspendre pendant un temps déterminé la possibilité de se marier ? Nous savons bien qu'on peut en fait, découvrir cent motifs plus ou moins raisonnables, donner pour prétexte à sa prohibition l'état de santé du bénéficiaire, son jeune âge, sa prodigalité, sa faiblesse d'esprit, que savons-nous encore ? Toutes ces raisons sont vaines. La santé, la parcimonie, la robustesse ou la maturité d'esprit sont-elles le produit d'un célibat prolongé. Sont-elles surtout des conditions requises pour la célébration et la validité du mariage ? Assurément non.

Ici encore, c'est ajouter aux conditions légales, c'est porter atteinte à la liberté matrimoniale affranchie par le législateur de toutes les contraintes que ne réclame par l'ordre public (1).

(1) Nous ajoutons, contrairement à l'opinion de Demolombe, qui parait assimiler la condition de ne pas se marier avant un certain délai à la clause d'inaliénabilité relative, pour les déclarer également licites, que la liberté de se marier est inaliénable, qu'on ne dispose pas

Nous estimons que cette condition est contraire aux mœurs et doit être réputée non écrite (1).

5° Avec cette condition nous achevons l'examen des conditions restrictives de la liberté du mariage. Avant d'aborder l'étude des conditions impératives, il convient de préciser la nature et la valeur d'une ou de deux conditions qui, à proprement parler, ne peuvent être rangées dans aucun des groupes que nous avons constitués et qui touchent cependant de très près à la liberté du mariage. Nous voulons parler de la condition de divorcer et faire divorcer, et de la condition de ne pas divorcer ou de ne pas faire divorcer.

Nous laisserons de côté la question de savoir s'il y a utilité ou inconvénient à conserver le divorce et à l'avoir permis ; nous négligerons les objections de toute sorte qu'on a dirigées à tort ou à raison contre ce « mal nécessaire », même celles tirées des statistiques. Les lois du 19 juillet 1884 et du 18-30 avril 1886 ont rétabli le divorce. Or, toutes les lois qui règlent la capacité et l'état des personnes doivent être considérées comme des lois d'ordre public, et il n'est pas douteux qu'une clause qui aurait pour but d'empêcher une personne de recourir au divorce dans les conditions fixées par le législateur serait une clause contraire à l'ordre public. Nous en concluons que la condition imposée par le disposant au gratifié de ne pas divorcer, s'il veut conserver le bénéfice de la libéralité qu'il lui a été faite, est une condition qui tombe sous le coup des dispositions de l'art. 900. Nulle, tenue pour non écrite, elle ne lie pas le bénéficiaire qui ne sera pas privé de la libéralité encore que les circonstances l'aient mis dans la nécessité de recourir au divorce.

Est-il plus difficile de s'expliquer sur la condition de divorcer ? Nous ne le pensons pas. On objectera : une telle condition

---

de la personne comme on dispose des biens, et que, par suite, cette condition constitue une suspension de notre droit doublement injurieuse.

(1) En sens contraire : Bayle-Mouillard sur Grenier, p. 701, note *a*. — Coin-Delisle, n° 11. — Demolombe, n° 247. — Duranton, n° 121.

ne peut être tenue pour non écrite, le divorce étant permis par nos lois ; on ne saurait reprocher au disposant de faire échec aux mœurs. Cette objection est sans fondement. Sans doute l'usage qu'on fait d'une permission légale, du divorce par exemple, n'est pas un acte répréhensible, et la condition de divorcer n'est pas nulle à raison de son but, le divorce ; mais le législateur doit assurer le libre jeu des institutions qu'il a créées ; en ce sens l'obligation faite à une personne de recourir au divorce est aussi illicite que l'obligation de ne pas contracter mariage, ou de se marier avec une personne désignée. Dans tous ces cas la liberté du bénéficiaire est violée,une entrave est apportée à la libre disposition de soi dans une circonstance où le législateur a eu en toute époque et en tous lieux le souci constant de réaliser toujours plus grande et plus souveraine la liberté naturelle des hommes. Et la liberté ne consiste pas seulement dans l'acte initial de volition au moment de la célébration du mariage, elle subsiste encore et doit être respectée intégrale dans toutes les manifestations du nouvel état des époux. Voilà pourquoi nous rejetons la condition de divorcer. Nous savons bien que la critique ne sera pas sans réplique. Les auteurs — nous n'en avons pas rencontré qui se soient exprimés sur cette matière — qui sont plus sensibles aux faits de la cause qu'à la question de droit, allègueront que le disposant en obligeant la personne gratifiée à divorcer ou à ne pas divorcer peut avoir d'excellentes raisons. Nous allons suivre un moment ces auteurs sur le terrain du fait. Ils nous diront : voici dans le premier cas, par exemple, un donataire pusillanime et benet qui accepte sans révolte l'inconduite de son épouse ; un mari alcoolique ; une femme légère. Le disposant ne peut-il pas, sans porter atteinte aux mœurs, faire à l'époux victime de cette situation, une donation à condition qu'il la fasse cesser par le moyen de droit qui lui fournit la loi de 1884 ?

Dans le second cas, voici une personne animée de sentiments religieux ou qui désire éviter que le scandale qui naîtrait d'un procès en divorce n'éclabousse sa propre famille parente, alliée ou amie de celle du bénéficiaire. Ces motifs ne sont-ils pas des plus raisonnables ? En quoi heurtent-ils nos lois ?

Nous répondons que, quelque sérieux qu'ils soient, ils sont insuffisants à étouffer la liberté de la personne gratifiée. D'ailleurs, sont-ils péremptoires vraiment ? Le mari qui a une femme légère peut avoir de solides raisons pour ne pas recourir au divorce. Dans bien des cas, ses scrupules religieux répugnent à cette séparation ; la crainte de susciter un scandale ou d'ébruiter une inconduite qui le désignera aux risées d'un plus grand nombre de gens, l'intérêt bien ou mal compris des enfants, ou encore, le cas n'est pas rare, une moindre sensibilité à la turpitude des femmes, feront qu'il hésitera à s'engager dans une procédure longue et pénible d'où il sortira chargé de ridicule toujours et quelquefois de pitié, ce qui ne vaut pas mieux. S'il s'agit de la conditiinn de ne pas divorcer des raisons inverses peuvent s'opposer à sa validité. Il y a des inconduites qu'on ne peut tolérer plus longtemps, non point parce qu'elles sont plus bruyantes, mais parce qu'on en ressent plus profondément la honte ; cela c'est affaire d'épiderme. Il n'y a pas deux hommes dans le monde qui nourrissent de la même manière la haine, la pitié ou l'amour à l'égard d'une femme.

Le Tribunal, appelé à juger, serait singulièrement embarrassé ou grossièrement trompé. Nulle part ailleurs les décisions ne seraient plus contradictoires.

La solution que nous proposons est, à notre avis, la plus juridique et aussi la plus simple ; elle coupe court à la versatilité des juges.

***

N'y a-t-il pas d'autres conditions restrictives de la liberté du mariage ?

Nous ne prétendons pas les avoir toutes citées ni toutes étudiées. Etait-ce nécessaire ? Ce qui importait surtout c'était de faire connaître à l'occasion de quelques espèces, les plus importantes et les plus fréquentes, les règles de droit qu'elles soulèvent et les considérants qu'ont fait valoir la jurisprudence et la doctrine.

Pour nous, nous avons cru préférable de déclarer illicites et immorales toutes les conditions que nous avons rencontrées

jusqu'ici, au nom de deux principes, que nul ne saurait méconnaître sans se tromper lourdement, la liberté naturelle et l'utilité sociale. Ces principes nous les respecterions donc, dans toutes les criconstances et dans tous les cas que la pratique ou l'imagination des auteurs a fait et fera connaître : condition de ne pas marier une personne qui est à notre service ou sous notre « puissance », condition d'épouser ou de ne pas épouser un prêtre, une religieuse, une femme veuve ou divorcée, une personne ayant des enfants d'un premier mariage, etc., et dans tous ces cas nous appliquerons à des clauses, réprouvées par la loi et contraires aux mœurs, la sanction de l'article 900.

Traiterons-nous de la même manière les conditions impératives ?

CHAPITRE III

LES CONDITIONS IMPÉRATIVES

La condition de se marier

Il s'agit ici, bien entendu, de conditions absolues et sous cette forme on ne conçoit qu'une espèce de condition impérative : c'est la condition de se marier.

Licite en droit romain et dans notre ancien droit, la condition de se marier est approuvée de nos jours par la jurisprudence et par la presque unanimité des auteurs.

La jurisprudence paraît s'être de bonne heure rangée à cet avis. Un arrêt de la Cour de Poitiers, du 29 juillet 1830, infirmant une décision du Tribunal de Niort, du 1er juin 1829, déclarait que la condition de se marier ne renfermait rien de « contraire aux principes, aux mœurs, ou à l'ordre public » et « qu'un legs fait à une personne au cas qu'elle se marie ou à condition qu'elle se marie ne peut avoir d'effet que lorsque la condition est accomplie » (1). Le 20 décembre 1831, sur pourvoi fondé sur la prétendue violation de l'article 1172, la Cour de Cassation confirmant l'arrêt précité déclarait que « la condition de se marier était licite et possible » (2).

Nous n'avons pas trouvé d'arrêt plus récent qui ait confirmé ou infirmé cette décision. Nous pensons cependant que la question, si elle se posait à nouveau devant nos Cours, étant donné leurs dispositions libérales, que nous avons partout rencontrées, serait vidée dans le même sens.

---

(1) A. C. Poitiers, 29 juillet 1830, S. 1830, p. 476.

(2) Cassation. requêtes, 20 décembre 1831, J. G. au mot Substitution, n° 149, note, page 56 et s. Ailleurs, le rédacteur de la note relative à la condition de se marier, écrit, après avoir rappelé l'opinion conforme de Furgole : « C'est l'avis dominant aujourd'hui (1856) et la Cour de Cassation le consacre virtuellement dans un arrêt, par lequel elle décide que le legs fait sous la condition que le légataire se mariera, devient caduc, et nul si le légataire vient à décéder sans s'être marié, encore que le décès ait eu lieu avant qu'il eût atteint l'âge nubile. » J. G. voir au mot Disposit. entre vifs, p. II, ch. I, n° 135.

L'opinion de la doctrine est conforme (1).

Peu d'auteurs sont d'avis contraire, mais leurs objections sont sérieuses. Demante dit notamment : « Je me borne à poser ici en principe, comme caractère des conditions contraires aux lois ou aux mœurs l'une des trois circonstances, savoir : qu'elles tendent ou à prescrire une mauvaise action, ou à empêcher l'accomplissement d'un devoir ou à gêner l'exercice d'une faculté d'ordre public »... Je n'hésiterai pas à placer dans cette catégorie (la dernière) la condition de se marier ou de ne pas se marier (2).

De son côté, Laurent déclare : « Le donateur peut avoir d'excellentes raisons pour solliciter le donataire à abandonner une existence désordonnée pour les liens sacrés du Mariage. Voilà certes un but moral mais l'effet peut être très immoral, si, comme il est à craindre, le donataire souille le mariage par ses débauches. Qu'est-ce que la moralité a à gagner dans une union pareille ? (3).

Ces deux auteurs condamnent la condition de se marier en partant de points de vue différents. Pour Demante, à qui on peut associer, semble-t-il, M. Huc, la condition est nulle parce qu'elle constitue une atteinte grave à la liberté de se marier ou de ne pas se marier, liberté naturelle et d'ordre public.

Laurent juge surtout la condition de se marier au point de vue social, et c'est en se basant sur des considérations tirées du fait, non plus du droit, qu'il rejette cette condition comme contraire aux mœurs.

Est-ce à dire que de quelque côté qu'on l'examine, la condition de se marier mérite le traitement que lui infligent les trois auteurs ?

---

(1) Aubry et Rau, p. 292. — Demolombe, n° 251. — Troplong, n° 237 et tous les auteurs partisans de la validité des clauses restrictives ; il est logique, en effet, que ceux qui regardent comme valables et obligatoires, les conditions de ne pas se marier ou de ne pas se remarier, ou d'épouser une personne désignée, etc.. étendent, à la condition de se marier, *stricto sensu*, qui est la moins restrictive de la liberté du mariage, à notre sens, le bénéfice de leur large interprétation.

(2) Demante, Cours de droit civil, Donat. et Testaments, article 900, n° 16 *bis*, § VII.

(3) Laurent, n° 495. — Voir dans le même sens M. Huc, n° 59.

Il n'est pas douteux que la clause qui prescrit à une personne de rompre le célibat malgré le goût qui l'y vouait pour entrer dans les liens du mariage, et qui la récompense à prix d'argent d'avoir résisté aux sollicitations de ses penchants naturels, est une clause attentatoire au droit naturel. Et nous n'avons pas manqué, dans tous les cas où nous avons rencontré semblable violation de la loi morale et l'ordre public, de déclarer nulles les conditions qui faisaient échec à ces principes supérieurs. L'argument de fait tiré de Laurent a, à notre estime, une bien moindre valeur. Sans doute, suivant l'avis du savant auteur, il peut arriver que la condition de se marier soit imposée à une personne dont l'immoralité ou seulement la légèreté, attestée par son goût persistant du célibat, eût été une raison suffisante pour encourager sa vocation naturelle, le célibat, au lieu de la contrarier. Moins que quiconque nous nions le rôle moralisateur du mariage; mais nous n'allons pas jusqu'à prétendre que le mariage réussisse en tous cas à ramener dans le chemin de la vertu les jeunes gens qui s'en étaient égarés ; et il va sans dire que si un célibataire a, vertueux, plus de mérite qu'une personne mariée, il est aussi, libertin et débauché, la cause d'un moindre mal, puisqu'il est seul à en souffrir.

Tout ceci est vrai et Laurent a bien fait de nous le rappeler ne fût-ce que d'un mot. Seulement nous croyons, malgré tout, que le danger aperçu par l'auteur est rare et que la crainte de le voir surgir justifie insuffisamment la prohibition de la condition absolue de se marier. Dans le domaine des faits, nous avons dit toutes les raisons qui nous font le devoir, aujourd'hui plus impérieux que jamais, d'inviter au mariage, d'en multiplier le nombre, d'en accroître la fécondité. Devant ces raisons inspirées de l'intérêt multiple de la société, de la morale, de la patrie, les appréhensions de Laurent paraissent vaines et nous ne croyons pas devoir les discuter plus longtemps.

L'argument juridique, la violation de la liberté naturelle, selon la juste conception de Demante et de M. Huc, aura-t-il du moins plus de portée ? La question revêt ici une gravité exceptionnelle à nos yeux. Nous-mêmes, nous nous sommes

déclaré au cours de toute la discussion qui précède, partisan du respect absolu de la liberté du mariage et nous avons rejeté toutes les conditions qui en impliquaient la violation même relative. Allons-nous ici nous départir de notre règle gênante, il faut en convenir, si nous voulons rester fidèle, à l'idée qu'il est nécessaire de favoriser, par toutes les mesures possibles, le mariage et ses effets bienfaisants ? Or, dans ce sens, quelle condition devrait être plus valable que celle qui a précisément pour but de pousser au mariage sans réserve et sans restriction ?

Toute la question est là.

Nous croyons que le principe rigide de la liberté individuelle doit fléchir devant les exigences patriotiques et sociales. Remarquons, d'ailleurs, que si nous avons dans tous les cas défendu le principe de l'inviolabilité de la liberté naturelle contre les atteintes possibles d'une partie en cause, c'est que, en même temps, l'utilité sociale, le mariage, y trouvaient leur profit. Dans toutes les conditions relatives a la liberté du mariage, que nous connaissons, prohibitives et restrictives, ces deux lois parallèles et concourantes, respect du droit naturel, respect de l'utilité publique, nous commandaient la même solution. Ici les deux normes se séparent, et nous dictent chacune une interprétation opposée. L'hésitation ne saurait être prolongée. Puisque le respect de la liberté individuelle n'a d'autre fin que la satisfaction de l'utilité publique, celui-là ne s'impose plus quand il devient incompatible avec celle-ci. Ce qu'il faut satisfaire avant tout, c'est le besoin social ; lorsqu'on y parvient en sauvegardant la liberté naturelle c'est tant mieux. Nos lois n'ont d'autre but que de régler l'action réciproque et les rapports de ces deux principes ; le plus souvent l'un et l'autre se confondent, c'est la somme des satisfactions individuelles qui fait le bonheur de la nation ; mais si l'accord est impossible, comme il faut d'abord que la nation vive, l'intérêt privé doit être sacrifié à l'utilité publique.

Appliquons ce raisonnement à l'objet de notre étude. L'utilité, et pour mieux dire, la nécessité publique, demande que nous encouragions le mariage. Plus que toujours, le mariage

est une chose sacrée ,et le discours de Furgole se rajeunit dans le discours quasi unanime des auteurs contemporains. Le législateur se borne aujourd'hui encore à encourager le mariage; demain, malgré les tendances hostiles qui égarent ou limitent ses efforts, il en fera la loi. Dans ce but, il a simplifié les procédures et réduit le nombre des formalités. Ce n'est pas assez, on lui demande plus de liberté encore ; sa bienveillance s'est traduite au cours de notre grande guerre par des mesures dont quelques-unes survivront. La condition qui invite au mariage, en secondant les désirs du législateur, concourt à la satisfaction de l'utilité sociale. Elle doit être déclarée licite, et les raisons qui en justifient la validité, doivent l'emporter sur les objections tirées de la violation de la liberté naturelle (1).

Nous avons terminé l'étude des conditions relatives à la liberté du mariage.

Partisan de la plus grande liberté individuelle dans toute la mesure où elle est compatible avec l'utilité publique, nous n'avons pas cru devoir, dans la plupart des cas que nous avons passés en revue, nous ranger à l'avis de la Jurisprudence et de la doctrine dominante, et nous avons dit, à propos de chacune des conditions, les raisons particulières qui s'ajoutant aux raisons tirées du respect de l'intérêt général et de la liberté matrimoniale, militaient en faveur de la thèse que nous avons soutenue.

Il y a encore des observations d'ordre plus général qui gouvernent la matière, et qui constituent ou refutent des objections soulevées contre notre système. Comme elles n'eussent pas trouvé place dans les développements qui précèdent sans en rompre l'unité, nous les avons réunies ici pour en faire l'appendice utile de notre travail.

---

(1) Quelle liberté naturelle doit être plus respectée que la liberté corporelle ? et cependant, ce respect nous met-il à l'abri d'une incarcération commandée par l'utilité publique ? Une apparence coupable y aura suffi souvent, et l'autorité ne nous doit pas, en principe, réparation pour ses erreurs.

APPENDICE

« Il faut respecter la liberté individuelle, d'accord, mais parmi les libertés civiles de l'individu, je n'en connais pas de plus sacrées que la liberté de tester ! »

Ainsi s'exprime l'avocat général Desjardins dans des conclusions précitées. Il ajoute, approuvant la décision du Tribunal de Lisieux que si le testateur avait su que sa dernière volonté ne fût pas accomplie (1), il n'aurait « rien donné du tout ; et c'est probablement le parti que prendraient à l'avenir un certain nombre de testateurs s'ils avaient à craindre que leur dernière volonté fût anéantie par les tribunaux ».

Nous reproduisons ainsi dans le style vif et direct de l'un de ses auteurs une double objection qui a été souvent faite aux partisans de l'opinion qui est la nôtre. Et d'abord, il faut respecter la liberté du testateur ! Nous ne songeons pas à la méconnaître et nul n'en a le dessein. Nous entendons parfaitement sauvegarder la liberté de tester, comme la liberté de donner, dans leur intégrité légale ; mais pas au delà. Or, un droit, si absolu, si exclusif qu'il soit, le droit de propriété lui-même, que suppose nécessairement le droit de disposer, est l'objet de limitations et de restrictions qui sont le fait de la loi. La liberté de tester, *a fortiori*, est enfermée par la loi dans un certain nombre d'entraves que le droit romain même a pratiquées. L'article 900 inséré au titre II du livre II du Code civil, dans la matière des donations entre vifs et des testaments constitue précisément une restriction apportée par le législateur à cette liberté. Il n'y a pas, dès lors, à arguer de la prétendue violation de cette liberté ; on ne viole pas une liberté parce qu'on lui applique une restriction légale. L'héritier réservatoire méconnu par le testateur ne viole pas la liberté de ce dernier parce qu'il fera casser un testament fait en fraude de ses droits.

(1) Il s'agit en l'espèce présente de la condition de viduité.

Les substitutions fidéicommissaires du droit romain sont prohibées par la loi (article 896 du Code civil). Dira-t-on que la liberté du testateur sera violée parce que la substitution que contient son testament ne sera pas suivie de l'effet désiré par le disposant ?

Pareillement, la liberté de ce dernier sera-t-elle violée parce que telle condition contraire aux lois ou aux mœurs, que contenaient ses dispositions testamentaires, aura été déclarée non écrites suivant les prescriptions de l'article 900 ?

Assurément non. On répliquera que ce qui fait défaut à notre assertion c'est un texte précis qui déclare contre les mœurs les conditions relatives à la liberté du mariage, comme les articles 913 et suivants et l'article 896 du Code civil déclarent illicites les atteintes portées à la réserve légale et les substitutions prohibées. Cette objection nous ramène à la question de fait déjà posée : les conditions qui ont pour double effet de restreindre ou d'annihiler la liberté matrimoniale et d'attenter à l'intérêt général sont-elles, oui ou non, contraires aux mœurs ? Nous avons répondu par l'affirmative. Par suite l'argument tiré de la prétendue violation de la liberté de tester n'ajoute ni retranche rien à la discussion que nous avons close.

Quant à la menace brandie par Desjardins qu'à l'avenir les testateurs se montreront plus avares de leurs libéralités parce que les conditions qu'ils y apposent étant contraires aux mœurs seront réputées non écrites et rejetées par les tribunaux, elle ne doit pas un moment nous apitoyer et égarer notre opinion. Nous ne pourrions au contraire qu'applaudir à la disparition d'une prime donnée à l'immoralité ; si les disposants prenaient mieux soin d'apprécier le caractère des conditions, qu'ils imposent aux personnes qu'ils gratifient, et convenaient d'eux-mêmes du danger qu'ils font courir aux mœurs, ils s'abstiendraient, non seulement de récompenser les infractions à la loi morale mais encore de les provoquer. Il y a peu de chance cependant que l'exemple vienne d'eux. Une personne qui, en disposant d'une partie de

ses biens, attache à sa disposition une des conditions que nous connaissons, a le plus souvent le plus grand intérêt à l'imposer ; et son intérêt n'est pas toujours avouable. S'il en était différemment, une considération capitale ferait valoir à leurs yeux les déplorables effets que dans la plupart des cas entraînent les clauses qu'ils imposent, et cette considération, peu rassurante pour l'avenir de notre pays, c'est la dépopulation qui le menace. Nous en avons parlé quelques fois, nous promettant de revenir sur un sujet dont l'actualité souligne toute l'importance. Le moment est venu d'en révéler le danger.

Deux causes concourent chez nous à la diminution du chiffre de la population : le goût du célibat et de la stérilité : la guerre. La première cause niée par Troplong a été mise en lumière par M. Gide. « Le ralentissement de la natalité est si rapide, non seulement en France, mais dans tous les pays, qui la suivent dans cette voie, qu'il est devenu un sujet d'anxiété pour tous les hommes qui ont souci de l'avenir de leur pays... La France se trouve dans une situation d'infériorité très critique au point de vue politique, militaire et économique, parce que la décroissance de la natalité s'est manifestée chez elle un demi-siècle plus tôt que dans les autres pays, en sorte que, quand elle s'arrêtera chez ceux-ci, ils n'en auront pas moins dépassé de beaucoup la France par la vitesse acquise » (1).

Parmi les moyens proposés pour relever la natalité, nous relevons au premier plan la simplification des formalités du mariage (2).

Il n'a pas échappé, en effet, à la perspicacié de nos économistes tout le bienfait qu'on peut attendre de la simplification de ces formalités et par suite du relèvement du nombre des mariages. Une condition qui a pour but de réduire la liberté naturelle, qu'ont les hommes de contracter mariage, ne peut pas être considérée comme un moyen d'encourager la natalité. Non seulement cette condition constitue une gêne

(1) Gide, Cours d'Economie politique, 5e édition, 1920, tome II, p. 564, texte et note I.

(2) Gide, *eod. loc. supr. cit.*, p. 568.

apportée à l'exercice d'une faculté naturelle, mais elle est un danger social contre lequel le législateur et le juge doivent nous défendre avec leurs armes respectives (1). Or, un des facteurs de la diminution de la natalité c'est l'affaiblissement correspondant du mariage. Depuis 1851, le nombre des mariages diminue ; s'il se relève un peu depuis une trentaine d'années c'est en grande partie un relèvement illusoire, car, comme le dit Turgeon, ce sont des gens divorcés qui se remarient ; et le nombre des gens mariés ne correspond plus au nombre des mariages indiqué par les statistiques (2).

Cependant on a constaté en 1896 et en 1908 une augmentation du nombre des mariages qu'il convient de noter et d'expliquer. La cause de ce relèvement n'est autre que la simplification des formalités du mariage. En 1896, le regain, le premier qu'on ait enregistré, est dû à la loi du 20 juin 1896, modifiant plusieurs dispositions légales relatives au mariage dans le but de le rendre plus facile. (Articles 73, 151, 152, 153, 155, 179 du Code civil).

En 1908, date à laquelle un nouveau relèvement se manifeste, on éprouve les effets bienfaisants de la loi du 21 juin 1907, modifiant de nombreux articles du Code civil et entrant plus avant dans la voie timidement ouverte par la réforme de 1896. Ce qui nous affermit dans cette pensée, c'est qu'en Belgique, à la suite de la loi du 30 avril 1896, portant dans le même sens de larges modifications aux dispositions relatives au mariage, une augmentation sensible du nombre des mariages se produisit. N'avons-nous pas le droit de tirer argument de cet

---

(1) Depuis près d'un siècle, la natalité ne cesse de décroître, en France, malgré les dénégations insensées de Troplong. En 1869, il y a eu, en France, 949.000 naissances ; en 1883, ce chiffre était ramené à 937.944 ; il n'était plus, en 1900, que de 827.29 , contre 1.964.731 en Allemagne, dans l'année 1901 ! A la veille de la guerre, en 1913, le chiffre des naissances était tombé à 750.000 d'où, baisse d'environ 200.000 naissances en moins de 45 ans !

(2) Voir Turgeon. *Le féminisme français*, t. II, p. 68-80. — Acollas Emile. *Le mariage, son passé, son présent, son avenir.* — Giraud-Reulon, *Origines du mariage et de la famille.* — Renaud Joseph, *La faillite du mariage et l'union future.*

état de fait, deux fois vérifié, pour dire que l'institution du mariage sera d'autant plus fortifiée que ses formes le rendront plus accessibles à tous ? N'est-ce pas ce but que nous poursuivons en réclamant pour les conditions prohibitives et restrictives de la liberté du mariage, et, par conséquent, du mariage lui-même la juste sanction de l'art. 900.

Le danger de la dépopulation ne serait pas si pressant s'il n'était aggravé par les horreurs d'une guerre dont notre pays sort vainqueur mais profondément meurtri. « Quelles seront les conséquences de la guerre actuelle en ce qui concerne le mouvement de la population ? Présentement elle a déterminé une énorme diminution de la natalité dans tous les pays belligérants et même dans les pays neutres » (1). La guerre de 1870 avait coûté 520.000 décès et elle n'avait duré que six mois. M. Gide ajoute dans une exclamation mélancolique : « On peut présumer par là de ce qu'il en sera de celle-ci !... On croit assez généralement que cette diminution est passagère et qu'après la guerre on verra au contraire une forte recrudescence de la natalité. Mais cette opinion n'a d'autre fondement qu'une loi finaliste dans les organismes sociaux et autres conceptions sans valeur scientifique. Les statistiques des guerres passées n'autorisent nullement, quoi qu'on en dise, de telles prévision » (2). En effet, en exceptant l'année 1872 qui marque une augmentation de naissances d'ailleurs « retardées », suivant le mot de M. Gide, la décroissance de leur nombre est constante. Les conséquences de la guerre ne seront pas moins funestes en ce qui concerne le Mariage. Le renchérissement effréné du coût de la vie n'est pas un moyen d'engager les jeunes gens à contracter mariage. La jeune fille, qui a trouvé dans les administrations et ailleurs, pendant que les hommes étaient retenus aux frontières, un gagne-pain avec l'indépen-

(1) Sans compter le chiffre formidable de nos morts et de nos disparus, supérieur à 1.600.000. Et ce chiffre n'est pas définitif. Combien des nôtres, intoxiqués par les gaz meurtriers ou cruellement amputés, viendront, avant peu de temps, grossir ces chiffres effrayants !

(2) Gide, page 570.

dance, ne songe pas à partager l'un plus que l'autre. Nous voyons la situation grave si par surcroît le juge ajoute à l'insouciance et aux difficultés de notre époque la bienveillance imméritée de ses décisions. Il faut encourager le mariage. N'aurions-nous eu, en écrivant cete thèse, qu'une pensée moralisatrice que nous n'aurions pas fait, ce nous semble, une tâche inutile.

Et l'on comprendra le cri d'impuissance et de regret qui nous échappe à la lecture de cet arrêt de la Cour de Douai du 11 janvier 1848 qui dispose que le legs fait à une femme par son mari, sous condition de viduité ne devient pas caduc par cela seul que cette femme a eu un enfant naturel ! Qu'y a-t-il de plus immoral qu'une semblable solution ? Et cependant l'arrêt de la Cour de Douai n'est pas un monstre juridique ; il est le produit logique de l'interprétation, que les auteurs ont attachée aux conditions relatives à la liberté du mariage, et qu'a consacrée la faiblesse de la jurisprudence. Mais la logique peut-elle impunément défier la morale et le bon sens ?

Ces développements ne doivent pas nous faire perdre de vue l'intérêt du testateur ou du donateur. Sans doute, quand la morale n'a rien à gagner dans un marché nous sommes peu enclin à en plaindre la dupe. Nous rejetterons les conditions prohibitives et restrictives de la liberté du mariage et nous laisserons à la personne gratifiée le bénéfice de la libéralité. Est-ce à dire cependant qu'en tous cas nous sacrifierons la dupe au fripon, le disposant au bénéficiaire, quand ce dernier sait que la donation ou le legs qu'il recueille ne lui sont adressés que parce qu'il a promis d'accomplir la condition qu'on lui impose, quand cette condition constitue aux yeux du donateur ou testateur la condition *sine qua non* de sa libéralité ?

Nous n'irons pas jusque là, et nous sommes partisan résolu d'admettre, toutes les fois qu'il sera démontré que la condition imposée par le disposant a été la « cause impulsive et déterminante » de sa libéralité, une interprétation qui ne lèse pas irrémédiablement ses intérêts.

La Jurisprudence, en effet, jugeant avec raison que l'art. 900,

dans ses dispositions tranchantes et excessives, ne convient plus avec exactitude aux mœurs et à l'esprit actuels, que les dangers qui avaient motivé sa rédaction sont aujourd'hui conjurés, que la crainte de les voir surgir est pour toujours dissipée, a songé à adoucir les effets de cette injuste rigueur. Elle y est parvenue surtout par l'application de l'art. 1131, dont les dispositions ont été étendues aux libéralités *sud modo*, pour lesquelles elles n'avaient pas été faites, depuis un arrêt célèbre de la Cour de Cassation du 3 juin 1863 (1).

Par ce moyen, en effet, ce n'est pas seulement la condition qui sera déclarée nulle, c'est la disposition tout entière ; ainsi le bénéfice de sa libéralité ne sera pas définitivement perdu pour le disposant s'il ne recueille pas celui de la condition accomplie. Et cette solution est équitable. Le légataire ou donataire n'est-il pas malvenu, en effet, à soulever la nullité d'une condition qu'il n'exécute pas quand il sait que son accomplissement seul doit, dans l'esprit du donateur ou testateur, décider du sort de la libéralité ?

Dans cette mesure nous sommes disposés à suivre la jurisprudence. Seulement il faut convenir que cette interprétation détourne de son sens véritable une disposition importante de notre Code, et il est regrettable que nos juges n'aient d'autre moyen d'appliquer la loi que de la violer. L'article 900, tout le monde en convient, est une disposition désuette ; c'est dans ce sens qu'il doit être amendé. Il faut souhaiter que le législateur consacre bientôt par un texte formel les décisions audacieuses de la jurisprudence ; la controverse que nous avons exposée sera vidée, l'institution du mariage n'y aura rien perdu.

---

(1) Cassation, 3 juin 1863, S. 1864-1-269. — D. 1863-1-429. C'est cet arrêt qui consacre cette solution nouvelle, bien que déclarée constante par son rédacteur.

Vu :

Le Président de Thèse,

Alger, le 20 janvier 1920.

L. CHARPENTIER.

Vu :

Le Doyen,

M. MORAND.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie d'Alger,

E. ARDAILLON.

Table des Matières

Pages

INTRODUCTION 7

PREMIÈRE PARTIE. — *Historique* 11

CHAPITRE I^er^. — Droit romain 11
a) Conditions impératives 13
b) Conditions prohibitives 14
c) Conditions restrictives 19

CHAPITRE II. — Ancien droit français 27
a) Conditions impératives 27
b) Conditions prohibitives 27
c) Conditions restrictives 31

CHAPITRE III. — Droit intermédiaire 39

DEUXIÈME PARTIE. — *Les conditions relatives à la liberté du mariage sont-elles illicites? Sont-elles immorales?* 43
1° Les lois de la période intermédiaire ont été abrogées... 44
2° Ces conditions n'en sont pas moins illicites comme contraires à l'ordre public 49
3° Elles sont également contraires aux mœurs 51

TROISIÈME PARTIE. — *Examen critique des principales conditions relatives à la liberté du mariage* 57

CLASSIFICATION 57

CHAPITRE 1^er^. — Les conditions prohibitives 59
Section I. — La condition de non-mariage ou de célibat. 59
Section II. — La condition de non-remariage 75

CHAPITRE II. — Les conditions restrictives 100
Section I. — Les conditions restrictives positives 102
§ 1^er^. Condition d'épouser une personne désignée 102
§ 2. Condition d'épouser une personne impubère 107
§ 3. Condition d'épouser une personne dont le mariage est prohibé 108
§ 4. Condition d'épouser une personne de telle ville ou tel lieu ? De telle condition ou de telle classe ? de telle religion ? 111

Pages

Section II. — Conditions restrictives négatives 115

§ 1er. Condition de ne pas épouser une personne désignée 115

§ 2. Condition de ne pas épouser une personne d'un groupe, d'une ville, d'une classe déterminée..... 119

§ 3. Condition de ne pas se marier sans le consentement d'un tiers ou d'un ascendant..... 119

§ 4. Condition de ne pas se marier avant un certain temps..... 128

§ 5. Condition de divorcer et de ne pas divorcer 129

CHAPITRE II. — Les conditions impératives : condition de se marier 133

APPENDICE..... 139

ALGER — TYPOGRAPHIE J. CARBONEL — ALGER

ALGER — TYPOGRAPHIE J. CARBONEL — ALGER